

# Rådgiveres deltakelse i konkurranser hvor de har bistått oppdragsgiver

Kandidatnummer: 157

Antall ord: 14964



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2016

## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Emnet .....	1
1.2	Rettskilder og metode .....	2
1.3	Grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper .....	5
1.4	Særlig om likebehandlingsprinsippet.....	6
1.5	Videre fremstilling .....	8
<b>2</b>	<b>OPPDRAKSGIVERS DIALOG MED LEVERANDØRMARKEDET, ANSKAFFELSESDIREKTIVET ARTIKKEL 41</b> .....	<b>10</b>
2.1	Formål og hensyn.....	10
2.2	Forholdet til tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler.....	11
2.3	Plassering i anskaffelsesprosessen .....	13
2.4	Tilknytningskriteriet.....	14
2.5	Hvilke typer involvering er omfattet.....	19
<b>3</b>	<b>UTJEVNING AV KONKURRANSEFORDELER</b> .....	<b>22</b>
3.1	Rådgiverens konkurransefordeler .....	22
3.2	Oppdragsgivers utjevningsplikt .....	23
3.3	Utjevningstiltakene .....	25
3.3.1	Informasjonsspredning .....	25
3.3.2	Fastsettelse av tilstrekkelige tidsfrister.....	28
3.3.3	«[A]ndre måder» å sikre likebehandlingsprinsippet.....	30
3.4	Avlysning ved misligholdt utjevningsplikt? .....	33
3.5	Leverandørens adgang til å sikre egen deltakelse .....	36
<b>4</b>	<b>AVVISNINGSVURDERINGEN</b> .....	<b>39</b>
4.1	Innledning .....	39
4.2	Vurderingstema.....	40
4.3	Generelle momenter ved avvisningsvurderingen.....	42
4.4	Sammenfatning – avvisningsvurderingen i typetilfeller .....	44
4.4.1	Den uformelle markedsdialog .....	44
4.4.2	Bistand i form av forundersøkelser og utredningsarbeider .....	44
4.4.3	Bistand til utforming av konkurransegrunnlaget, særlig kravspesifikasjonen .	45
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b> .....	<b>48</b>

<b>6</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>50</b>
6.1	Lovgivning og forarbeider .....	50
6.1.1	Traktater og direktiver .....	50
6.1.2	Nasjonal lovgivning.....	50
6.1.3	Nasjonale forarbeider .....	51
6.1.4	Andre offentlige publikasjoner.....	51
6.2	Avgjørelser.....	51
6.2.1	Avgjørelser fra overnasjonale organer .....	51
6.2.2	Norske avgjørelser .....	52
6.2.3	Danske avgjørelser .....	52
6.3	Litteratur.....	53

# 1 Innledning

## 1.1 Emnet

Emnet for fremstillingen er de spørsmål rådgiveres deltakelse i konkurranser hvor de har bistått oppdragsgiver reiser.

En offentlig oppdragsgiver som skal foreta et innkjøp, vil ofte ha behov for kontakt med leverandørmarkedet ved forberedelsen av anskaffelsen. Slik kontakt kan omfatte alt fra uformelle markedsundersøkelser med sikte på å kartlegge hva markedet tilbyr, til omfattende rådgivningskontrakter om bistand til å definere behov. Oppdragsgivers behov for å dra nytte av markedsaktørens faglige og tekniske kompetanse er særlig stort ved kompliserte anskaffelser, hvor oppdragsgiver selv kan mangle nødvendig teknisk og annen innsikt. Rådgiveres involvering i forberedelsen av anskaffelsen kan imidlertid gi dem særlig kunnskap om oppdragsgivers ønsker og behov. Dersom rådgiveren ønsker å opptre som leverandør i den etterfølgende konkurransen, eller er tilknyttet en potensiell leverandør, vil leverandøren ha bedre forutsetninger for å inngi et konkurransedyktig tilbud enn konkurrentene har.

Regelverket for offentlige anskaffelser skal blant annet fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at det offentlige opptre med integritet ved sine anskaffelser. På EU-nivå ligger reglene i forlengelse av Traktatens bestemmelser om fri bevegelighet av varer og tjenester.<sup>1</sup> Med bakgrunn i bestemmelsene i Traktaten, har EU-domstolen utviklet et prinsipp om likebehandling, som gjelder i alle faser av en offentlig anskaffelse.<sup>2</sup> Likebehandlingsprinsippet innebærer at like tilfeller ikke må behandles ulikt, og ulike tilfeller ikke må behandles likt, med mindre slik forskjellsbehandling er saklig begrunnet.<sup>3</sup> Mer konkret krever prinsippet at alle potensielle leverandører skal ha like muligheter ved utformingen av sine tilbud, hvilket blant annet innebærer at de samme betingelser må gjelde for alle konkurrentene.<sup>4</sup>

EU-domstolen la i forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* til grunn at likebehandlingsprinsippet ikke nødvendigvis er til hinder for at et foretak som har utført forberedende oppga-

---

<sup>1</sup> Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV).

<sup>2</sup> Se f.eks. sakene C-243/89 *Storebælt* premiss 33 og C-470/99 *Universale Bau AG* premiss 93.

<sup>3</sup> Jf. f.eks. forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 27.

<sup>4</sup> Sak C-538/13 *eVigilo* premiss 33.

ver for oppdragsgiver i planleggingsfasen, opptrer som leverandør i den etterfølgende konkurransen. Hvorvidt foretaket har fått slike konkurransefordeler at det må avvises fra konkurransen, må ifølge EU-domstolen bero på en *konkret vurdering* i hver sak. En regel om automatisk avvisning av leverandører som har bistått oppdragsgiver, slik den i saken, kunne medføre avvisning i situasjoner hvor rådgiverens deltakelse ikke innebærer noen risiko for konkurransen mellom tilbyderne.<sup>5</sup> Regelen gikk derfor lengre enn nødvendig for å sikre likebehandling.

Rettstilstanden avgjørelsen i *Fabricom* ga grunnlag for, er kodifisert og presisert i direktiv 2014/24/EU artikkel 41. Bestemmelsen forutsetter at oppdragsgiver kan la seg bistå av rådgivere som er potensielle leverandører i den etterfølgende konkurransen. Har en leverandør vært involvert i forberedelsesfasen, skal imidlertid oppdragsgiver treffe tiltak for å hindre konkurransevridning. Kun dersom slike tiltak ikke sikrer likebehandling av de potensielle leverandørene, kan den rådgivende leverandøren avvises fra konkurransen. Avvisningshjemmelen er artikkel 57 nr. 4 bokstav f. Etter ordlyden er dette en fakultativ avvisningsgrunn. Hvorvidt bestemmelsen skal tas på ordet på dette punkt, drøftes i pkt. 4.1 nedenfor. Oppdragsgiver må ha her balansere på en knivsegg: Det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet både å la en leverandør som har oppnådd for store konkurransefordeler delta, og å avvise en leverandør som ikke har oppnådd slike. Feiltrinn kan bringe oppdragsgiver i erstatningsansvar overfor leverandørene.<sup>6</sup>

De spørsmål som behandles i denne fremstillingen blir i norsk og dansk rett gjerne omtalt som spørsmål om *rådgiverhabilitet*. Begrepsbruken vekker assosiasjoner til de tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler. Problemstillingen må imidlertid ikke forveksles med spørsmålet om hvem som kan ta beslutninger på vegne av det offentlige: Interessekonflikter på beslutningstakernes hånd reguleres av direktivets artikkel 24. Forholdet mellom fremstillingens problemkompleks og de tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler behandles nærmere i pkt. 2.2.

## 1.2 Rettskilder og metode

---

<sup>5</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 35.

<sup>6</sup> Anskaffelsesdirektivet forutsetter en adgang til å kreve erstatning, men overlater den nærmere utformingen av erstatningsreglene innhold til nasjonal rett. Se Rt. 2008 s. 1705 (Rabatt) premiss 52 og Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus).

Fremstillingen retter fokus mot artikkel 41 i direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet).<sup>7</sup> Anskaffelsesdirektivet regulerer offentlige innkjøp av varer og tjenester hvor ytelsens verdi overstiger angitte terskelverdier.<sup>8</sup> Direktivet er EØS-relevant,<sup>9</sup> men er i skrivende stund ikke innlemmet i vedlegg til EØS-avtalen. Direktivet danner rammene for den nasjonale reguleringen av anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Direktivet vil gjennomføres i norsk rett gjennom ny lov og forskrift om offentlige anskaffelser,<sup>10</sup> som tidligst vil tre i kraft høsten 2016. Presumsjonsprinsippet innebærer at gjennomføringsbestemmelser bør tolkes på en måte som samsvarer med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>11</sup> Av denne grunn fokuserer fremstillingen på direktivreguleringen.

EUs anskaffelsesdirektiver gir ikke en uttømmende regulering av anskaffelsesområdet – også Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) regulerer offentlige innkjøp, selv om den ikke inneholder noen uttrykkelig regulering av anskaffesspørsmål. EU-domstolen har i flere saker anvendt TEUVs bestemmelser direkte på slike spørsmål.<sup>12</sup> Tildeling av offentlige kontrakter fra EUs medlemsstater må derfor, uavhengig av anskaffelsens verdi, skje i samsvar med prinsippene nedfelt i TEUV. En forutsetning for anvendelse av TEUVs bestemmelser om fri bevegelse, er at anskaffelsen inneholder et grenseoverskridende aspekt.<sup>13</sup> Dette er ikke et krav ved anvendelse av anskaffelsesdirektivet. Prinsippers betydning for fortolkningen av anskaffelsesregelverket behandles nærmere i punkt 1.3.

Fremstillingen følger EU-rettslig metode.<sup>14</sup> Direktivenes flerspråkliggjør det nødvendig å sammenholde ulike språkversjoner, og kan også sies å redusere ordlydens betydning sammenliknet med andre tolkningsmomenter.<sup>16</sup> Gjennom fremstillingen vil det vises til den danske språkversjonen av direktivbestemmelser og avgjørelser fra EU-domstolen. Dette betyr ikke at de øvrige språkversjoner ikke er konsultert. Relevante forskjeller mellom språkversjonene

---

<sup>7</sup> Direktivet, som avløste direktiv 2004/18/EF, ble vedtatt i EU 16. februar 2014.

<sup>8</sup> Se artikkel 4.

<sup>9</sup> KOM(2011) 896.

<sup>10</sup> Nærings- og fiskeridepartementets «Høringsnotat 2» (2015).

<sup>11</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 64. Se Bull (2014) s. 358 flg. for en oversikt over Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett.

<sup>12</sup> Se f.eks. C-243/89 *Storebælt* og C-45/87 *Dundalk*.

<sup>13</sup> Jf. bl.a. forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP*.

<sup>14</sup> For en oversikt, se Fredriksen/Mathisen (2014) s. 218 flg.

<sup>15</sup> Traktatene er autentiske på alle EUs 24 offisielle språk. Med visse unntak gjelder dette også for sekundærretten, jf. TEU artikkel 55 nr. 1 og TEUV artikkel 58.

<sup>16</sup> Arnesen (2015) s. 348 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 221.

vil påpekes dersom de finnes. Kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv, KOM(2011) 896, vil ha en viss betydning ved tolkningen, selv om bestemmelsens tilblivelseshistorie skal anvendes med forsiktighet.<sup>17</sup> Den mest tungtveiende rettskilden vil være avgjørelser fra EU-domstolen. I skrivende stund finnes kun én avgjørelse fra EU-domstolen som gjelder oppdragsgivers dialog med markedet, den ovenfor nevnte *Fabricom-saken* fra 2005.<sup>18</sup> *Fabricom* står sentralt ved tolkningen av artikkel 41. Generaladvokatens forslag til avgjørelse kan tjene som en kilde til forståelse av avgjørelsen, og er derfor brukt aktivt.<sup>19</sup>

Fremstillingens problemkompleks ble før vedtakelsen av det nye anskaffelsesdirektivet regulert i punkt 8 i fortalen til direktiv 2004/18/EF, sammenholdt med EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i *Fabricom*. Anskaffelsesdirektivet artikkel 41 er en kodifisering og presisering av rettstilstanden.<sup>20</sup> Det innebærer at EU-rettslig rettspraksis og juridisk teori fra før vedtakelsen av direktiv 2014/24/EU er relevante kilder ved tolkningen av artikkel 41.

Nasjonal rett har prinsipielt sett ikke vekt ved tolkningen av direktivet. Fremstillingens bruk av nasjonal rett tjener derfor først og fremst illustrative formål. Av EU-landene fokuseres det på dansk rett. Dette skyldes dels den språklige tilgjengeligheten, dels at dansk rett og rettsenkning har store likhetstrekk med norsk rett og rettsenkning. Danske udbudsloven § 39 er en gjennomføring av artikkel 41.<sup>21</sup> Retts- og nemndspraksis og juridisk teori om bestemmelsen er derfor av særlig interesse.

Høyesterett har verken drøftet grensene for oppdragsgivers adgang til dialog med markedet i planleggingsfasen eller betydningen av deltakelse i slik dialog for adgangen til deltakelse i den etterfølgende konkurransen. Borgarting lagmannsrett behandlet imidlertid problemstillingen i sak LB-2010-201985 (Norconsult). Problemstillingen er behandlet av danske Høyesteret ved én anledning.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 36 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 229.

<sup>18</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*.

<sup>19</sup> Generaladvokat Légers uttalelse i sak C-21/03 og C-34/03 (*Fabricom SA*).

<sup>20</sup> Arrowsmith (2014) s. 654 og 885.

<sup>21</sup> Lov nr. 1564 af 15. december 2015. Christensen/Stæhr (2016) s. 134 antar at Klagenævnet for Udbuds praksis ikke vil legges om som følge av endringene i udbudsloven § 39, da § 39 «harmonerer ganske fint med denne praksis».

<sup>22</sup> U 2005 s. 1799 (Ørestadsselskabet).

Temaet er behandlet i en rekke avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og det danske Klagenævnet for Udbud (KfU). Slike avgjørelser er ikke autoritative rettskilder ved tolkningen av direktivet. Avgjørelsene fra KOFA er bare rådgivende, og tillegges begrenset rettskildemessig vekt ut over argumentasjonsverdien, selv etter nasjonal rett.<sup>23</sup> Avgjørelser fra KfU er imidlertid rettslig bindende for partene.<sup>24</sup> Til tross for at avgjørelsene ikke er autoritative kilder ved tolkningen av direktivet, er de nyttige for å illustrere fremstillingens problemstillinger, og for å gi eksempler på løsninger av disse.

Problemstillingen behandles i den generelle anskaffelsesrettslige litteraturen, men som regel nokså kortfattet.<sup>25</sup> Litteraturen omtaler dessuten normalt nasjonale gjennomføringsbestemmelser av eldre dato, som ikke nødvendigvis tilsvarende direktivreguleringen på alle punkter. Dette innebærer at litteraturen som utgangspunkt gir få bidrag til tolkningen av artikkel 41. Litteraturen kan likevel ha betydelig argumentasjonsverdi.

Bestemmelsen er foreslått gjennomført i norsk rett gjennom forslag til forskrift om offentlige anskaffelser § 7-2.<sup>26</sup> Paragrafen er foreslått inntatt i del III om anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Det gjenstår imidlertid å se i hvilken del av forskriften bestemmelsen plasseres, og om man vil få ulike regler for bruk av rådgivere ved anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene.

### 1.3 Grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper

EU-domstolen har formulert en rekke *generelle prinsipper*, som anvendes aktivt i rettslig argumentasjon.<sup>27</sup> Domstolens utstrakte bruk av rettslige prinsipper er et særtrekk ved EU-retten. I dag er prinsippene i stor grad nedfelt i traktatene. EU-domstolen har uttalt at «enhver fællesskabsretsakt [skal] fortolkes i overensstemmelse med hele den primære ret», hvilket inkluderer EU-rettens alminnelige prinsipper.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Høyesterett anser praksis fra KOFA og KfU som relevante rettskilder, se Rt. 2008 s. 1705 (Rabatt) premiss 35.

<sup>24</sup> Fabricius (2014) s. 603.

<sup>25</sup> De mest utførlige drøftelsene gis av Goller (2014) s. 55–70, Dragsten (2010) s. 44–63, Krüger (2010) s. 125–151, Graver (2005) s. 461–476 og Treumer (2000) s. 85–138.

<sup>26</sup> Nærings- og fiskeridepartementets «Høringsnotat 2» (2015).

<sup>27</sup> Sejersted (2014) s. 45 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 224.

<sup>28</sup> Forente saker C-402/07 og C-432/07 *Sturgeon*. Se Fredriksen/Mathisen (2014) s. 224 og Sejersted (2014) s. 622.



Med bakgrunn i prinsippene nedfelt i TEUV, har EU-domstolen utviklet en rekke grunnleggende *anskaffelsesrettslige prinsipper*.<sup>29</sup> Anskaffelsesdirektivet har en egen bestemmelse om grunnleggende prinsipper i artikkel 18 nr. 1, som fastslår at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med krav til *likebehandling, gjennomsiktighet, ikke-diskriminering og proporsjonalitet*. Prinsippene nevnes dessuten uttrykkelig i flere av de øvrige direktivbestemmelsene. Direktivteksten gir ikke veiledning til prinsippenes nærmere innhold. Ved fastleggingen av prinsippenes innhold er man henvist til EU-domstolens praksis og juridisk litteratur.<sup>30</sup>

De grunnleggende prinsippene har stor betydning ved rettsanvendelsen, til tross for at direktivet regulerer anskaffelsesprosessen meget detaljert.<sup>31</sup> For det første er prinsippene relevante som *tolkningsmomenter* ved fastleggelsen av innholdet i direktivbestemmelsene.<sup>32</sup> Videre har EU-domstolen i flere tilfeller anvendt prinsippene som *selvstendige rettslige grunnlag* for krav og forpliktelser direktivet ikke uttrykkelig gir anvisning på.<sup>33</sup> Dette innebærer at regelverket i visse tilfeller anses brutt selv om det ikke foreligger brudd på konkrete bestemmelser i direktivet. Illustrerende er C-324/98 *Telaustria*, der EU-domstolen i en situasjon som falt utenfor direktivets anvendelsesområde oppstilte saksbehandlingsregler med grunnlag i alminnelige betraktninger knyttet til reglene om de fire friheter og forbudet mot forskjellsbehandling.<sup>34</sup>

Domstolene kan alltid prøve hvorvidt prinsippene er overholdt i en konkret sak. Det er likevel som tolkningsmoment prinsippene har størst betydning i praksis, og det er primært som tolkningsmoment prinsippene får betydning i denne fremstillingen.

## 1.4 Særlig om likebehandlingsprinsippet

Likebehandlingsprinsippet, som skal sikre alle potensielle leverandører lik adgang til deltakelse i konkurranser om offentlige kontrakter, er det viktigste prinsippet i anskaffelsesretten. Prinsippet er adressert til oppdragsgiver, som skal sørge for at alle potensielle leverandører

---

<sup>29</sup> Se f.eks. sak C-243/89 *Storebælt*. I norsk rett er prinsippene nedfelt i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5.

<sup>30</sup> Likebehandlingsprinsippet materielle innhold behandles i punkt 1.4. For en grundig gjennomgang av de øvrige prinsippenes innhold, vises til Jakobsen (2016) s. 54 flg.

<sup>31</sup> Fabricius (2014) s. 32.

<sup>32</sup> Arrowsmith (2014) s. 613 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 224.

<sup>33</sup> Arrowsmith (2014) s. 613.

<sup>34</sup> C-324/98 *Telaustria* premiss 60 flg.

har like muligheter ved utformingen av sine tilbud, hvilket blant annet innebærer at de samme betingelser må gjelde for alle potensielle tilbydere.<sup>35</sup> EU-domstolen uttalte i 1993 at prinsippet – som på daværende tidspunkt ikke kom direkte til uttrykk i anskaffelsesdirektivet – følger av selve hovedformålet med direktivet.<sup>36</sup> Prinsippet er nå nedfelt i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1, og er nevnt i mange av de øvrige direktivbestemmelsene, herunder artikkel 41. I artikkel 41 angis overholdelse av likebehandlingsprinsippet som det avgjørende kriterium for om en rådgivende leverandør må avvises fra konkurransen. Kunnskap om prinsippets innhold er derfor nødvendig for å kunne foreta vurderinger etter bestemmelsen.

To avgjørelser fra EU-domstolen er særlig egnet til å illustrere prinsippets innhold.

Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* gjaldt spørsmålet om en belgisk bestemmelse om automatisk avvisning av leverandører som hadde gjort forberedende arbeider for oppdragsgiver var forenlig med EU-retten. EU-domstolen uttalte, under henvisning til tidligere rettspraksis, at likebehandlingsprinsippet innebærer at:

«ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet».<sup>37</sup>

Domstolen påpekte at det ikke er gitt at foretak som har utført forberedende arbeider for oppdragsgiver er i en sammenlignbar situasjon med foretak som ikke har utført slike, ettersom arbeidene kan ha gitt foretaket fordeler ved tilbudsutformingen. Likebehandlingsprinsippet krever derfor ikke at rådgivere alltid behandles likt som andre leverandører. En regel om automatisk avvisning av rådgivere rekker imidlertid lengre enn hva som er nødvendig etter likebehandlingsprinsippet, fordi man risikerer avvisning i situasjoner hvor det ikke er noen risiko for konkurransevridning. En regel om automatisk avvisning ville innebære at ulike tilfeller behandles likt, uten at dette er saklig begrunnet.

EU-domstolen fastslo at likebehandlingsprinsippet krever at det foretas en *konkret vurdering* av rådgiverens konkurransefordeler, og hvilken innvirkning disse har på konkurransen. Avvisning kan kun skje dersom oppdragsgiver etter en konkret vurdering finner at rådgiveren har oppnådd uberettigede konkurransefordeler, og disse innebærer en risiko for konkurransen

---

<sup>35</sup> Se f.eks. C-538/13 *eVigilo* premiss 33.

<sup>36</sup> C-243/89 *Storebælt* premiss 33.

<sup>37</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 27.

mellom tilbyderne. Avgjørelsen er den eneste fra EU-domstolen som vedrører oppdragsgivers dialog med markedet, og står derfor sentralt i fremstillingen.

Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* gjaldt anskaffelse av busstransporttjenester i Helsinki. Under tildelingskriteriet «teknisk kvalitet» kunne tilbyderne oppnå tilleggs poeng dersom bus-sene hadde lavt utslipp av nitrogenoksid. Kun et fåtall av tilbyderne hadde slike busser, og en av dem var oppdragsgivers egen in-house leverandør. En forbigått leverandør anførte at tildelingskriteriet var i strid med likebehandlingsprinsippet, ettersom det favoriserte noen få leverandører. EU-domstolen uttalte at tildelingskriteriet, som hadde til formål å ivareta miljøet, var tilknyttet kontraktens gjenstand og var relevant for kontraktens verdi.<sup>38</sup> Tildelingskriteriene var dessuten objektive, og ble anvendt likt på alle tilbud.<sup>39</sup> Likebehandlingsprinsippet var derfor ikke tilsidesatt, til tross for at kun et fåtall tilbydere kunne score tilleggs poeng basert på kriteriet.

Fabricius omtaler likebehandlingsprinsippet som «det mest fundamentale princip bag EU's udbudsregler», og skriver at de øvrige anskaffelsesrettslige prinsippene enten supplerer, understøtter eller er utslag av likebehandlingsprinsippet.<sup>40</sup> Prinsippets grunnleggende betydning understrekes også av Treumer:

*«Kravene til likebehandling og gennemsigtighed er særdeles høje, og disse krav er gennemgående ufravigelige, selv hvor ordregiveren har en klar kommerciel interesse i at kunne fravige regelsættet i det konkrete tilfælde, fordi den restriktive fortolkning af likebehandlingsprincippet leder til et klart uhensigtsmæssigt eller mindre tilfredsstillende resultat.»<sup>41</sup>*

## 1.5 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen faller i tre deler. I punkt 2 behandles hensynene bak artikkel 41, forholdet til tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler og bestemmelsens anvendelsesområde. Tema for punkt 3 er leverandørens konkurransefordeler og mulige måter å utjevne disse. Her reises også spørsmålet om misligholdt utjevningsplikt kan medføre avlysningsplikt for oppdragsgiver (pkt. 3.4) og om det finnes tiltak leverandøren kan gjennomføre for å sikre

---

<sup>38</sup> C-513/99 *Concordia Bus Finland* premiss 69.

<sup>39</sup> C-513/99 *Concordia Bus Finland* premiss 83.

<sup>40</sup> Fabricius (2014) s. 33.

<sup>41</sup> Treumer (2000) s. 266.

egen deltakelse (pkt. 3.5). I punkt 4 behandles avvisningsvurderingen. Her vil det redegjøres for vurderingstemaet, generelle momenter ved vurderingen og hvordan vurderingen foretas i ulike typetilfeller. Fremstillingen avrundes i punkt 5.

## 2 Oppdragsgivers dialog med leverandørmarkedet, anskaffelsesdirektivet artikkel 41

### 2.1 Formål og hensyn

Rådgiveres adgang til deltakelse i konkurranser hvor de har bistått oppdragsgiver må fastlegges etter en avveining av flere – til dels motstående – hensyn.

På den ene side står risikoen for at rådgiveren har fått slike konkurransefordeler at hans deltakelse i den etterfølgende konkurransen medfører konkurransevridding, i strid med likebehandlingsprinsippet. Likebehandling av leverandørene er avgjørende for å sikre størst mulig konkurranse om offentlige kontrakter. Reell konkurranse om oppdraget oppnås bare dersom leverandørene har like muligheter til å utforme et tilbud med reell mulighet til å nå opp i konkurransen. Dette hensynet tilsier en streng bedømmelse av rådgiverens konkurransefordeler.

På den annen side står oppdragsgivers behov for å legge best mulig til rette for sine anskaffelser. Artikkel 41 bygger på en erkjennelse av at markedsdialog er et nyttig instrument når oppdragsgiver skal innhente opplysninger om markedets struktur og kompetanse og informere markedsaktørene om sine planer.<sup>42</sup> Selv om det også før vedtakelsen av artikkel 41 var adgang til å føre dialog med leverandørmarkedet i planleggingsfasen, har offentlige oppdragsgivere vegret seg for dette, i frykt for at rådgivningen skal medføre at ønskede leverandører må avvises fra konkurransen.<sup>43</sup> Leverandørene har på sin side sett seg nødt til å avslå rådgivningsoppdrag i frykt for å bli avvist fra den etterfølgende konkurransen. Konsekvensen er at oppdragsgiver ikke får den nødvendige bistand ved tilretteleggingen av sine anskaffelser.

Generaladvokaten argumenterte i forslaget til avgjørelse i *Fabricom* for at den belgiske regelen om automatisk avvisning var i tråd med EU-retten, blant annet fordi leverandørene står fritt til å velge hvilket stadium av prosessen de vil delta på – som rådgiver eller som leverandør.<sup>44</sup> En slik regel ville imidlertid redusere oppdragsgivers mulighet til å innhente kvalifisert

---

<sup>42</sup> KOM(2011) 896 side 12.

<sup>43</sup> Se Christensen/Stæhr (2016) s. 121.

<sup>44</sup> Generaladvokat Légers uttalelse i sak C-21/03 og C-34/03 (*Fabricom SA*) premiss 41.

bistand, ettersom foretak som er kvalifiserte til rådgivningsoppdraget vil være mer interesserte i rollen som leverandør, da denne normalt vil være mer økonomisk fordelaktig.<sup>45</sup> Hensynet oppdragsgivers mulighet til å få velkvalifisert bistand tilsier derfor en fleksibel fortolkning av likebehandlingsprinsippet i relasjon til oppdragsgivers dialog med markedet.

Også hensynet til den rådgivende leverandøren spiller inn. Dersom rådgiveren avvises fra konkurransen i tilfeller hvor han ikke har oppnådd nevneverdige konkurransefordeler, vil dette innebære brudd på likebehandlingsprinsippet. Leverandøren er i tilfelle i en sammenlignbar situasjon med de øvrige leverandørene, og avvisning vil innebære usaklig forskjellsbehandling.<sup>46</sup>

## 2.2 Forholdet til tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler

Anskaffelsesdirektivet har en generell regel om interessekonflikter på oppdragsgiversiden i artikkel 24 og en regel om bruk av rådgivere med tilknytning til en leverandør i artikkel 41. Bestemmelsene regulerer i utgangspunktet ulike situasjoner, men er ellers svært like både med hensyn til hvilke krav som stilles til oppdragsgivers handlemåte og innholdet i avvisningsvurderingen.

Artikkel 24 antas å svare til de tilfeller som omfattes av forvaltningslovens habilitetsregler.<sup>47</sup> Artikkel 41 er foreslått gjennomført i norsk rett gjennom forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser § 7-2, som oppstiller en plikt til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel som ikke kan utjevnes med mindre inngripende tiltak.

Det rettslige utgangspunktet for samspillet mellom artikkel 24 og 41 er at begge regelsett må tilfredsstilles. Det samme utgangspunktet gjelder etter norsk og dansk rett.<sup>48</sup> Rådgivningen i en konkret sak kan med andre ord være i strid med både de anskaffelsesrettslige og forvalt-

---

<sup>45</sup> Roe/Lessenich (2005) s. NA93.

<sup>46</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*. Se også Jakobsen (2016) s. 303.

<sup>47</sup> Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker. Jf. NOU 2014:4 s. 220. Forvaltningslovens habilitetsregler er gitt anvendelse for anskaffelsessaker gjennom henvisningen i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-7. Se også forslag til forskrift om offentlige anskaffelser § 18-2 (1) bokstav c.

<sup>48</sup> Norsk rett: Se Graver (2005) s. 461 flg. og JDLOV-2008-2965. Dansk rett: Se Steinicke (2016) s. 548.

ningsrettslige habilitetsregler, men da av ulike grunner og med ulike konsekvenser.<sup>49</sup> Dette vil være særlig praktisk der oppdragsgiver har innhentet bistand fra en potensiell leverandør for å utforme konkurransegrunnlaget og senere evaluere tilbudene. Bistanden vil da både omfattes av artikkel 24 og 41.<sup>50</sup>

Reglene som setter grenser for bruk av rådgivere med tilknytning til en leverandør, blir i norsk og dansk rettspraksis, klagenemndspraksis og juridisk teori ofte kalt regler om «rådgiverhabilitet». Dragsten omtaler begrepet som et «praktisk samlebegrep for de situasjoner hvor kravet til likebehandling kan føre til at en rådgiver må utestenges fra deltakelse i den etterfølgende konkurransen».<sup>51</sup> Som det vil fremgå av drøftelsen i det følgende, er habilitetsbegrepet lite egnet til å beskrive rettsregelen i artikkel 41. Begrepet benyttes derfor ikke i det videre.

Formålet med tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsregler er å sikre tilliten til forvaltningen og motvirke usaklighet og forskjellsbehandling.<sup>52</sup> Reglene skal sikre at personer som forbereder og treffer avgjørelser for det offentlige er upartiske og uten personlige interesser i sakens utfall. Det vil for eksempel kunne foreligge forvaltningsrettslig inhabilitet dersom en ansatt hos oppdragsgiver inngir tilbud i konkurransen.<sup>53</sup> Reglene er objektivt utformet, og vedkommendes subjektive forhold er ikke avgjørende. Når man skal ta stilling til om inhabilitet foreligger etter forvaltningsloven § 6 annet ledd er vurderingstemaet ikke hvorvidt avgjørelsen *faktisk* vil kunne innebære en særlig fordel, tap eller ulempe for tjenestemannen, men om det foreligger særegne forhold som er egnet til å *svekke tilliten* til hans upartiskhet.<sup>54</sup> Dette *tillitssynspunktet* gjennomsyrrer habilitetsreglene i forvaltningsloven. Konsekvensen av forvaltningsrettslig habilitet er at den aktuelle tjenestemann må vike sete, og ikke kan delta i behandlingen av forvaltningssaken.

De anskaffelsesrettslige reglene om bruk av rådgivere har derimot som formål å sikre likebehandling av potensielle leverandører gjennom å regulere situasjonen der en rådgiver senere deltar i samme konkurranse som han gjennom rådgivningsoppdraget har skaffet seg særlig

---

<sup>49</sup> Et eksempel er KOFA 2003/86.

<sup>50</sup> For norsk retts vedkommende både av forvaltningsloven § 6 annet ledd og forslaget til forskrift om anskaffelser § 7-2.

<sup>51</sup> Dragsten (2010) s. 45.

<sup>52</sup> Graver (2015) s. 299.

<sup>53</sup> Høyesterett la i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) på side 1410 til grunn at det skal mindre til for å konstatere inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 i konkurransesituasjoner enn hvor det ikke er andre parter.

<sup>54</sup> Graver (2015) s. 305.

kjennskap til.<sup>55</sup> Ved spørsmålet om en leverandør må avvises, foretas en konkret vurdering av leverandørens *faktiske konkurransefordeler* fremfor de øvrige leverandørene. Konkurransesvridningen kan «repareres» gjennom tiltak fra oppdragsgiver, og tillitssynspunktet er mindre fremtredende.<sup>56</sup> Brudd på artikkel 41 får ikke virkninger for oppdragsgiver, men for leverandøren, som ikke får delta i konkurransen.<sup>57</sup> Det er dessuten ikke bare den eller de enkeltpersoner som har gitt råd som utelukkes fra konkurransen, men foretaket som sådan (punkt 2.5 nedenfor).

Habilitetsregler er normalt *forbudsregler*. Også dette gjør habilitetsbegrepet lite egnet til å beskrive rettsregelen i artikkel 41. Etter artikkel 41 er det som utgangspunkt *tillatt* å benytte seg av potensielle leverandører som rådgivere i forberedelsesfasen, såfremt oppdragsgiver treffer tiltak for å unngå urimelig favorisering av leverandørene.

## 2.3 Plassering i anskaffelsesprosessen

En anskaffelsesprosess deles normalt inn i tre faser. Den første fasen er *planleggingsfasen*. Denne strekker seg fra oppdragsgiver oppdager at han har et behov som skal dekkes gjennom en anskaffelse, og avsluttes ved kunngjøring, alternativt ved tidspunktet for oppstart av konkurransen (hvor konkurransen ikke er kunngjøringspliktig). Neste fase er *konkurranse-/gjennomføringsfasen*, som strekker seg fra kunngjøring eller oppstart (hvor konkurransen ikke er kunngjøringspliktig) og frem til kontraktsinngåelse. Tiden etter kontraktsinngåelsen kalles *kontraktsfasen*. Anskaffelsesregelverket regulerer først og fremst planleggings- og konkurransefasene, mens kontraktsfasen reguleres av den alminnelige kontraktsretten.<sup>58</sup>

Artikkel 41 gjelder situasjoner der en leverandør har vært involvert i *planleggingsfasen* av en anskaffelse. Dette følger av ordlyden «været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren» i artikkel 41 første ledd, og dessuten av at bestemmelsen er plassert i direktivets kapittel III del I, som bærer navnet «Forberedelse».

---

<sup>55</sup> Graver (2005) s. 462.

<sup>56</sup> Se LB-2010-201985 (Norconsult) der lagmannsretten uttaler at det «ikke er nok å vurdere hvordan forholdet tar seg ut fra utsida, men at den konkrete vurderingen av rådgivningens faktiske betydning for konkurransen blir det sentrale når habilitetsvurderingen som her gjøres i ettertid».

<sup>57</sup> Dragsten (2010) s. 45.

<sup>58</sup> Goller (2014) s. 205.



Direktivforpliktelsene retter seg mot gjennomføring av *konkrete anskaffelser*. Dersom kontakt mellom oppdragsgiver og en leverandør er mer generell, uten tilknytning til en bestemt anskaffelse, faller den som utgangspunkt utenfor direktivets anvendelsesområde.<sup>59</sup> Dersom oppdragsgiver senere bestemmer seg for å gjennomføre en anskaffelse, innebærer likevel det generelle kravet om likebehandling at oppdragsgiver må sørge for at leverandøren ikke får en uberettiget fordel i konkurransen. Oppdragsgiver kan for eksempel ikke benytte seg av kunnskapen vunnet gjennom dialogen til å «skreddersy» kravspesifikasjon og tildelingskriterier til leverandørens produksjonsapparat.

Ved tidspunktet for evaluering av tilbudene er man ikke lenger i planleggingsfasen, men i konkurranse-/gjennomføringsfasen. Dersom oppdragsgiver får ekstern bistand til evaluering av tilbudene, er man derfor utenfor anvendelsesområdet til artikkel 41. Det generelle kravet til likebehandling gjelder imidlertid også i denne fasen.<sup>60</sup> Bistand til evaluering av tilbudene vil dessuten omfattes av artikkel 24 om interessekonflikter, som er en nyvinning i det nye anskaffelsesdirektivet.<sup>61</sup>

Rådgivning utenfor anvendelsesområdet til artikkel 41 faller utenfor rammene av fremstillingen.

## 2.4 Tilknytningskriteriet

I det følgende skal det redegjøres for hvilke former for tilknytning mellom rådgiveren og en leverandør som er omfattet av bestemmelsen. Den relevante del av artikkel 41 første ledd lyder:

*«Når en ansøger eller tilbudsgiver eller en virksomhed, der har tilknytning til en ansøger eller tilbudsgiver, har rådgivet den ordregivende myndighed ... ».*

---

<sup>59</sup> Christensen (2011) s. 29.

<sup>60</sup> Thue/Buan/Brun (2013) s. 238, Dragsten (2013) s. 197 og Graver (2005) s. 475.

<sup>61</sup> Som interessekonflikt regnes «mindst de situationer hvor personalet hos den ordregivende myndighed eller en udbyder af den indkøbte tjeneste, der handler på vegne af den ordregivende myndighed, som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren (...) direkte eller indirekte har en finansiel, økonomisk eller anden personlig interesse, der kan antages at bringe deres upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren i fare», jf. artikkel 24 annet ledd. For en omtale av bestemmelsen, se Christensen/Stærh (2016) s. 138 flg.

For det første omfattes rådgivning fra *potensielle leverandører*, jf. «ansøger eller tilbudsgiver». Som «tilbudsgiver» regnes økonomiske aktører som inngir tilbud i konkurransen.<sup>62</sup> Som «ansøger» regnes økonomiske aktører som har levert inn forespørsel om å delta i en konkurranse med prekvalifisering.<sup>63</sup> I tråd med terminologien i den norske anskaffelsesforskriften, benyttes de videre begrepene «leverandør» eller «tilbyder» som samlebetegnelse på «tilbudsgiver» og «ansøger» i fremstillingen.

Foretaket må som den klare hovedregel identifiseres med sine ansatte: Selv om kun én av leverandørens medarbeidere har hatt en rådgiverrolle i strid med artikkel 41, vil foretaket som sådan måtte avvises.<sup>64</sup> Begrunnelsen er at det er *foretaket* som får konkurransefordelen, ikke den enkelte medarbeideren. Kunnskap oppnådd av en ansatt vil kunne tilflyte de øvrige medarbeiderne, uavhengig av den ansattes rolle internt. Løsningen er dessuten retts teknisk fordelaktig, ettersom man unngår skjønnsmessige identifiseringsvurderinger.<sup>65</sup>

Artikkel 41 omfatter dessuten rådgivning fra *foretak tilknyttet* potensielle leverandører.<sup>66</sup> Spørsmålet er hva som ligger i begrepet *foretak*, herunder om begrepet også omfatter rådgivning fra fysiske personer.

Språklig peker begrepet i retning av en enhet som driver økonomisk aktivitet, hvilket tilsier at fysiske personer faller utenfor. En slik tolkning strider imidlertid mot bestemmelsens formål: Likebehandling av leverandørene krever at all rådgivning som er egnet til å medføre konkurransevridning omfattes, uavhengig av rådgiverens rettslige status.

Foretaksbegrepet er ikke definert i anskaffelsesdirektivet, og verken avgjørelser fra EU-domstolen eller EU-kommisjonens forslag til anskaffelsesdirektiv gir veiledning til forståelsen av foretaksbegrepet i artikkel 41.<sup>67</sup> Begrepet er heller ikke søkt definert i rettspraksis eller

---

<sup>62</sup> Artikkel 2 nr. 1 pkt. 11. Se nærmere om begrepet «økonomisk aktør» nedenfor.

<sup>63</sup> Artikkel 2 nr. 1 pkt. 12.

<sup>64</sup> Se KOFA 2003/86, KfU 1998-07-01, Jakobsen (2016) s. 474 og Dragsten (2010) s. 48.

<sup>65</sup> I punkt 3.3.3 drøftes om en leverandør kan unngå avvising gjennom å skifte ut de ansatte som har vært involvert i rådgivningsoppdraget.

<sup>66</sup> Det danske begrepet «virksomhed» tilsvarer det norske begrepet «foretak», slik dette forstås blant annet i konkurranseretten. Se Sejersted (2011) s. 483 flg.

<sup>67</sup> KOM(2011) 896.

juridisk litteratur om anskaffelsesrett i alminnelighet. Heller ikke TEUV eller sekundærlovgivning vedtatt med hjemmel i traktaten definerer begrepet.<sup>68</sup>

Begrepet er definert av EU-domstolen innenfor konkurranse- og statsstøtteretten. I sak C-41/90 *Höfner* definerte EU-domstolen begrepet foretak som «enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåte».<sup>69</sup> Det er ikke holdepunkter for en snevrere tolkning innenfor anskaffelsesretten. Det legges derfor til grunn at foretaksbegrepet i artikkel 41 omfatter enheter som driver økonomisk aktivitet, uavhengig av enhetens juridiske status og finansieringsmåte. Begrepet omfatter dermed også enheter som ikke er å anse som selvstendige rettssubjekter etter nasjonal lovgivning, og er ikke er begrenset til å omfatte juridiske personer.<sup>70</sup>

Konklusjonen underbygges av at enhver «ansøger eller tilbudsgiver» er omfattet av artikkel 41. Ifølge definisjonene i artikkel 2 nr. 1 pkt. 11 og 12, er slike alltid en «økonomisk aktør». Som økonomisk aktør regnes ifølge artikkel 2 nr. 1 pkt. 10 «enhver fysisk eller juridisk person ... som tilbyder utførelse af arbejder ... og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet». Det er ingen grunn til å stille strengere krav til enhetens rettslige status der denne er tilknyttet en leverandør enn der den selv er leverandør.

Det må dernest vurderes hva som ligger i kravet om *tilknytning* til en leverandør.

Språklig favner uttrykket enhver forbindelse mellom en rådgiver og en potensiell leverandør. Verken direktivet eller Kommissjonens forslag gir veiledning til tilknytningskravets innhold. Formålet med bestemmelsen – overholdelse av likebehandlingsprinsippet – taler for en vid tolkning. Selv løse forbindelser mellom rådgiver og leverandør kan gi leverandøren konkurransefordeler, fordi tilknytningen kan medføre at informasjon tilflyter leverandøren eller at rådgiveren tilpasser konkurransegrunnlaget til leverandørens produksjonsapparat. Også omgåelseshensyn taler for en vid tolkning: Leverandøren skal ikke kunne organisere virksomheten på en bestemt måte for å unngå å bli omfattet av bestemmelsen, for eksempel ved at en konsulent utfører rådgivningsoppdraget i eget navn i stedet for i leverandørens. Graden av tilknytning vil være et relevant moment ved vurderingen av om leverandøren har fått slike konkurransefordeler at han må avvises fra konkurransen (pkt. 4.3 nedenfor).

---

<sup>68</sup> Sejersted (2011) s. 484.

<sup>69</sup> Sak C-41/90 *Höfner* premiss 21. Se også forente saker C-159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre*.

<sup>70</sup> Sejersted (2011) s. 484.

Et klart tilfelle av tilstrekkelig tilknytning er der rådgiveren er rådgiver både for oppdragsgiver og for en leverandør som skal inngi tilbud i konkurransen, såkalt *dobbelrådgivning*.<sup>71</sup> Et eksempel finnes i KfU 2014-10-03. Her hadde oppdragsgiver benyttet en teknisk rådgiver til å utarbeide designmanual og skisseforslag til undervisningsbygget som skulle oppføres. Den samme rådgiveren bisto senere en entreprenør som deltok i konkurransen om totalentreprisekontrakten for oppføring av bygget. Forholdet ble ansett omfattet av dagjeldende EU-rettslige regler om forberedende markedsdialog.

Tilstrekkelig tilknytning foreligger dessuten der rådgiveren er aktuell som underleverandør ved den aktuelle anskaffelsen.<sup>72</sup> I slike tilfeller vil rådgiveren ha økonomisk interesse i at hovedleverandøren blir tildelt kontrakten.

Også dersom rådgiveren tilhører samme konsern som leverandøren, vil tilknytningskravet være oppfylt. Rådgiveren er for eksempel et mor-, datter- eller søsterselskap av leverandøren. Et eksempel på sistnevnte er KOFA 2010/54 (SB Transport). Her hadde konsulentselskapet som hadde bistått oppdragsgiver og valgte leverandør samme morselskap. Selskapstilknytningen medførte at konsulentselskapet hadde en økonomisk interesse i at kontrakten ble tildelt valgte leverandør. Dette var tilstrekkelig til at anskaffelsesforskriften § 3-8 kom til anvendelse.

I KOFA 2010/174 (Håkonsen og Sukke Landskapsentreprenør) var den banetekniske rådgiveren ansatt i et selskap X som var heleid av et selskap Y. Selskap Y var igjen eid av valgte leverandør med 25 % og valgte leverandørs underleverandør med 25 %. Tilknytningen ble ansett tilstrekkelig til at selskap X, som rådgiveren representerte, kunne ha en økonomisk interesse i anskaffelsen. Forholdet må også anses som tilstrekkelig tilknytning etter artikkel 41, hvor økonomisk interesse ikke er et krav. Antakelig er selv en liten eierandel i leverandørselskapet tilstrekkelig til at rådgivningsforholdet omfattes av artikkel 41.

Tilfellene gjennomgått hittil kjennetegnes ved at rådgiveren har en *økonomisk interesse* i anskaffelsen, direkte eller indirekte, gjennom sin tilknytning til en leverandør. Slik tilknytning synes å være mest vanlig i praksis. Problemstillingen er om også *personlig tilknytning* mellom en rådgiver og en leverandør – slektskap, vennskap mv. – omfattes av artikkel 41.

---

<sup>71</sup> Dragsten (2010) s. 48 og Treumer (2000) s. 107.

<sup>72</sup> Grimelid (2014) s. 55 og Christensen (2011) s. 30.

Språklig omfatter tilknytningskriteriet også slike forbindelser. Også likebehandlingsprinsippet taler for at slike forbindelser bør omfattes: Personlig tilknytning til en ansatt hos en leverandør kan gi rådgiveren incentiver til å påvirke konkurransedokumentene i leverandørens favør. Uavhengig av rådgiverens incentiver, vil slike forhold dessuten kunne skape tvil om konkurransen er gjennomført på en fair måte.

Også en kontekstuell tolkning tilsier at personlig tilknytning omfattes. Personlig tilknytning er i kjernen av de forhold som omfattes av artikkel 24 om interessekonflikter. Artikkel 41 favner et videre spekter av oppgaver for oppdragsgiver enn artikkel 24 gjør.<sup>73</sup> Det er derfor ingen tilfredsstillende løsning å la tilfeller av personlig tilknytning reguleres av artikkel 24, og ikke artikkel 41. Artikkel 24 stiller krav om at foretaket «er involvert i gjennomførelsen af udbudsproceduren eller kan påvirke resultatet af proceduren» (mine understrekninger). Det typiske er at rådgiveren deltar ved evalueringen av tilbudene, og dermed har direkte mulighet til å påvirke utfallet av konkurransen.<sup>74</sup> Bestemmelsen omfatter med andre ord ikke samme vide spekter av forberedende oppgaver som artikkel 41. Konklusjonen er derfor at tilknytningskravet i artikkel 41 også omfatter personlig tilknytning mellom en rådgiver og en leverandør. Hvorvidt leverandøren skal avvises som følge av forholdet, vil bero på en konkret vurdering av hans konkurransefordeler.

Spørsmålet blir videre hvilke former for personlig tilknytning som er omfattet av artikkel 41.

Ved vurderingen kan det trekkes veksler på nasjonale habilitetsregler som konkret angir hvilke former for tilknytning mellom en offentlig tjenestemann og en part som medfører habilitet. Habilitetsreglene skal – som nevnt i punkt 2.3 – motvirke usaklighet og forskjellsbehandling, og sikre tilliten til forvaltningens beslutningsprosesser.<sup>75</sup> Artikkel 41 er utslag av liknende hensyn, selv om tillitssynspunktet er mindre fremtredende, og det er leverandørens faktiske konkurransefordeler som skal vurderes.<sup>76</sup> Den konkrete vurderingen artikkel 41 legger opp til, er imidlertid ikke i veien for at man vektlegger tillitsbetraktninger ved fastleggingen av bestemmelsens *anvendelsesområde*. Har ikke leverandøren oppnådd konkurransefordeler, vil han ikke kunne avvises, selv om han står i et nærmere bestemt tilknytningsforhold til rådgive-

---

<sup>73</sup> Se punkt 2.6.

<sup>74</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 139.

<sup>75</sup> Se Graver (2015) s. 299 flg.

<sup>76</sup> Bestemmelsens formål er behandlet i pkt. 2.1.

ren. Likheten i de bærende hensyn bak regelsettene at nasjonale habilitetsregler har relevans ved tilknytningsvurderingen.

Norske habilitetsregler er tilsvarende utformet som i andre europeiske land, eksempelvis Danmark og Tyskland.<sup>77</sup> Jeg antar derfor at de absolutte og relative habilitetsgrunner i forvaltningsloven § 6 første og annet ledd vil være tilstrekkelig tilknytning etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41.

I drøftelsene videre forutsettes det at rådgiveren selv ønsker å opptre som leverandør i den etterfølgende konkurransen.

## 2.5 Hvilke typer involvering er omfattet

Ved forberedelsen av en anskaffelse kan markedet involveres på ulike måter. Angivelsen i artikkel 41 av hvilke typer involvering som er omfattet, bidrar til å presisere *hva årsaken til leverandørens konkurransefordeler må være*. Den relevante del av bestemmelsens første ledd lyder:

*«Når [noen i personkretsen] har rådgivet den ordregivende myndighed, hvad enten det er sket i forbindelse med artikel 40, eller ej, eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren ... ».*

For det første omfattes situasjoner hvor en markedsaktør har «rådgivet» oppdragsgiver. Det fremgår at uttrykket både tar sikte på rådgivning som nevnt i artikkel 40 (forberedende markedsundersøkelser), og andre former for rådgivning. Formuleringen «søge eller acceptere» i artikkel 40 annet ledd viser at det er uten betydning om oppdragsgiver selv har etterspurt rådgivningen, eller om han har akseptert tilbudte råd. At bestemmelsen også omfatter rådgivning oppdragsgiver ikke har etterspurt, er viktig av hensyn til likebehandling av leverandørene. Også slik rådgivning kan påvirke oppdragsgivers ønsker og utforming av konkurransegrunnlag og spesifikasjoner.<sup>78</sup>

Den klare formen for rådgivning er de formaliserte rådgivningsforhold mellom oppdragsgiver og eksempelvis arkitekter, ingeniører, konsulenter eller andre fagkyndige med sikte på å for-

---

<sup>77</sup> Lov nr. 433 af 22. april 2014 (forvaltningsloven) § 3 og *Verwaltungsverfahrensgesetz* 25.5.1976 § 20.

<sup>78</sup> Se til illustrasjon KOFA 2003/286, der et tilbud fra en leverandør i markedsføringsøyemed medførte at oppdragsgiver senere utlyste en konkurranse til anskaffelse av tilsvarende vare.

berede en anskaffelse. Slike rådgivningsoppdrag er gjerne regulert av skriftlige kontrakter, og rådgiveren mottar vederlag for tjenestene.<sup>79</sup> Kjerneeksempler på slik bistand er forprosjektering, utarbeidelse av forberedende rapporter eller prototyper, behovsanalyser, byggtekniske vurderinger, tilstandsrapporter, bistand til utforming av kravspesifikasjon<sup>80</sup> mv.

Som rådgivning regnes også mer uformell dialog mellom oppdragsgiver og markedet, hvor markedsaktørene typisk ikke mottar vederlag. Dette følger av henvisningen til artikkel 40, hvor det i første ledd heter at markedsdialog med henblikk på å «informere økonomiske aktører om [oppdragsgivers] udbudsplaner og -krav» regnes som rådgivning.<sup>81</sup> Det er med andre ord uten betydning om dialogen skjer på initiativ fra oppdragsgiver eller markedsaktøren(e).<sup>82</sup> Som påpekt av Goller, har oppdragsgiver en «generell mulighet til å holde seg oppdatert innenfor sitt fagfelt».<sup>83</sup> I praksis gjennomføres gjerne uformelle møter hvor markedsaktøren informerer om hvilke produkter han er i stand til å levere, eller oppdragsgiver besøker messer, utstillinger mv. for å holde seg oppdatert. Oppdragsgiver kan også invitere markedsaktører til felles dialogmøter for diskusjon av oppdragsgivers behov.

Artikkel 41 omfatter ikke bare rådgivning, men også *involvering* i planleggingsfasen. Språklig favner uttrykket et vidt spekter av bistand til og kontakt med oppdragsgiver. Christensen/Stæhr skriver at bestemmelsen «omfatter alle de forskjellige typer af situationer, hvor den ordregivende myndighed vælger at gøre brug af markedet, inden der skal gennemføres et udbud».<sup>84</sup> Som nevnt ovenfor er det imidlertid ikke et krav at kontakten skjer på oppdragsgivers initiativ – bestemmelsen omfatter også involvering etter leverandørens eget tiltak.

---

<sup>79</sup> Dersom verdien av rådgivningsoppdraget overstiger gjeldende regler for lovlige direkteanskaffelser, vil selve rådgivningsoppdraget måtte konkurransesettes.

<sup>80</sup> Kravspesifikasjonen er en del av konkurransegrunnlaget, og beskriver kravene til ytelsen som skal anskaffes. Oppdragsgivers utforming av kravspesifikasjonen reguleres av artikkel 42.

<sup>81</sup> EU-domstolen la til grunn i forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 39 at hvorvidt et foretak har mottatt vederlag for sine rådgivningstjenester er uten betydning for om rådgivningen har gitt rådgiveren urimelige konkurransefordeler. En annen sak er at de formaliserte rådgivningsavtalene jevnt over er av større omfang, og derfor oftere vil gi konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet, jf. pkt. 3 og 4 nedenfor.

<sup>82</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 124.

<sup>83</sup> Goller (2014) s. 56.

<sup>84</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 124. Uttalelsen gjelder direkte udbudsloven § 39, men som påpekt av Christensen/Stæhr selv, er direktivets artikler 40 og 41 blitt implementert i «nogenlunde enslydende form» gjennom § 39.

Problemstillingen er om det må trekkes en nedre grense, slik at bagatellmessig kontakt mellom oppdragsgiver og en leverandør ikke kvalifiserer som involvering.

Ordlyden gir ikke videre veiledning. Formålet med artikkel 41 er å sikre likebehandling av leverandørene gjennom å ramme involvering som gir konkurransefordeler. Ikke enhver kontakt mellom oppdragsgiver og en leverandør medfører fare for at leverandøren oppnår konkurransefordeler. Det sentrale etter artikkel 41 er imidlertid ikke graden av involvering, men hvorvidt denne *gir konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet*. Det praktiske behovet for å trekke en nedre grense for involveringsbegrepet synes derfor lite.

Det minnes dessuten om at det er en forutsetning for at kontakten skal omfattes av bestemmelsen at den har skjedd med *en bestemt anskaffelse for øye*, jf. pkt. 2.3 ovenfor.

I fremstillingens generelle drøftelser benyttes «rådgivning» som samlebetegnelse for de ulike former for involvering som er omfattet av bestemmelsen.



## 3 Utjevning av konkurransefordeler

### 3.1 Rådgiverens konkurransefordeler

En leverandør som har bistått oppdragsgiver ved forberedelsen av en anskaffelse, kan som følge av dette ha oppnådd ulike typer fordeler for utformingen av sitt tilbud. Fordelene leverandøren oppnår, avhenger av karakteren og omfanget av hans involvering. I punkt 2.6 har vi sett eksempler på ulike måter en leverandør kan bistå oppdragsgiver på ved forberedelsen av en anskaffelse. I det følgende skal det redegjøres for typiske fordeler involveringen resulterer i.

Det vanlige er at rådgiverrollen gir fordeler i form av *tilgang på mer informasjon* enn konkurrentene og et *tidsmessig forsprang*. Informasjonsfordelen består typisk i tilgang på opplysninger som ikke fremgår av konkurransedokumentene, herunder kunnskap om oppdragsgivers preferanser og generell «*know-how*» som er vanskelig for konkurrentene å tilegne seg. Tidsmessig forsprang er særlig aktuelt ved større og komplekse prosjekter, hvor kjennskap til oppdragsgivers ønsker og behov gir rådgiveren bedre forutsetninger enn konkurrentene for å utarbeide et gjennomarbeidet tilbud innen tilbudsfristen.

Rådgiveren kan dessuten oppnå en *økonomisk fordel*, fordi deltakelse i forundersøkelser og kjennskap til prosjektet gir mulighet til avsette mindre ressurser til utarbeidelse av tilbud, og dermed tilby lavere pris.

Skal rådgiveren bistå ved utformingen av konkurransegrunnlaget, herunder kravspesifikasjonen, foreligger en risiko for at rådgiveren – bevisst eller ubevisst – *tilpasser konkurransegrunnlag og spesifikasjoner til egen fordel*.

Videre kan rådgivningsforholdet *skape bånd* mellom oppdragsgiver og leverandør, og dermed gi oppdragsgiver incentiv til å tilgodese leverandøren i den etterfølgende konkurransen.<sup>85</sup>

Dersom oppdragsgiver har behov for omfattende rådgivning ved en anskaffelse, bør oppdragsgiver vurdere å benytte *forhandlingsbaserte anskaffelsesprosedyrer*. Ettersom et slikt løp i så fall må velges fra starten av, hører denne muligheten ikke naturlig inn under temaet «ut-

---

<sup>85</sup> Treumer (2000) s. 86.

jevning». Muligheten nevnes derfor allerede her. Et formål med direktivrevisjonen var å åpne for større adgang til å velge konkurranse med forhandlinger og konkurransepreget dialog.<sup>86</sup> Disse anskaffelsesprosedyrene er særlig hensiktsmessige der oppdragsgiver trenger bistand til å definere sine behov, typisk der det dreier seg om kompliserte prosjekter. Velges disse prosedyrene, blir ikke oppdragsgiver «låst» til løsningene rådgiveren presenterer, og risikoen for at rådgiveren oppnår uberettigede konkurransefordeler er dermed lavere. På den annen side er oppdragsgivers behov for å la seg bistå av markedsaktører i forberedelsesfasen mindre ved de forhandlingsbaserte anskaffelsesprosedyrene, fordi oppdragsgiver kan benytte valgte leverandørs kunnskap *etter* denne er tildelt kontrakten.

## 3.2 Oppdragsgivers utjevningsplikt

Dersom oppdragsgiver har mottatt råd fra en potensiell leverandør, og rådgivningsrollen har gitt leverandøren fordeler i konkurransen, plikter oppdragsgiver å forsøke å utjevne fordelene, jf. artikkel 41 første ledd.

Generaladvokat Legér uttalte i sitt forslag til avgjørelse i *Fabricom* at:

*«Det er ... praktisk talt umuligt at forestille sig en procedure, der kan sikre, at de informationer og erfaringer, som erhverves i forberedelsesfasen, ikke vil være til gavn for den samme person, hvis den pågældende afgiver bud. Den viden, der er erhvervet, er for størstedelens vedkommende subjektiv og vanskelig identificerbar, undertiden endog for den pågældende person selv.»<sup>87</sup>*

Generaladvokaten fremhevet videre hensynene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, og argumenterte for at den belgiske regelen om automatisk avvisning av rådgivende leverandører var forenlig med EU-retten.

EU-domstolen, som fant at rådgiverens konkurransefordeler heller må vurderes konkret i hver sak, forutsatte imidlertid at det finnes tiltak som i tilstrekkelig grad kan utjevne leverandørens konkurransefordeler, slik at leverandørens deltakelse ikke medfører konkurransevridding.<sup>88</sup>

Likebehandlingsprinsippet tolkes ikke så strengt at enhver forskjellsbehandling av tilbyderne er forbudt – det foreligger ikke brudd på likebehandlingsprinsippet der forskjellsbehandlingen

---

<sup>86</sup> KOM(2011) 896, fortalens pkt. 15 og 16.

<sup>87</sup> Generaladvokat Légers uttalelse i sak C-21/03 og C-34/03 (*Fabricom SA*) premiss 42.

<sup>88</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 35.

er saklig begrunnet. Med andre ord aksepteres en viss grad av forskjellsbehandling dersom de motstående hensyn er tilstrekkelig tungtveiende.<sup>89</sup> Treumer formulerer det slik at «ordregiverens interesser, til en vis grad berettiger til forskjellsbehandling af tilbudsgiverne forårsaget af teknisk dialog før udbudsprocedurens start».<sup>90</sup> Også i nasjonal retts- og nemndspraksis synes det å være enighet om at det er tilstrekkelig at rådgiverens konkurransefortrinn *i det vesentlige* er utjevnet gjennom oppdragsgivers tiltak.<sup>91</sup> Som fremhevet av Dragsten, synes denne praksisen å være styrt av oppdragsgivers behov for å la seg bistå av rådgivere.<sup>92</sup>

Artikkel 41 annet ledd siste punktum viser at oppdragsgivers skal strekke seg langt for å utjevne leverandørens konkurransefordeler. Oppdragsgiver er imidlertid ikke forpliktet til å nøytralisere absolutt alle fordeler en leverandør har oppnådd, dersom dette er svært krevende.<sup>93</sup> Det må foretas en avveining mellom byrdene ved å utjevne leverandørens fordeler, og hensynet til likebehandling av leverandørene.<sup>94</sup>

Ifølge artikkel 41 annet ledd plikter oppdragsgiver som et minimum å sørge for at alle leverandører får tilgang til de opplysninger som er utvekslet i dialogen med en leverandør i planleggingsfasen, og å fastsette en tilbudsfrist som er tilstrekkelig til å utlikne eventuelle tidsmessige fordeler leverandøren har oppnådd. Angivelsen av utjevningstiltak er imidlertid ikke uttømmende, jf. formuleringen «[s]ådanne foranstaltninger omfatter». Også formuleringen i annet ledd siste punktum viser at oppdragsgiver etter omstendighetene plikter å ta ytterligere virkemidler i bruk. Her heter det at leverandøren kun avvises dersom det ikke finnes «andre måder» å sikre overholdelse av likebehandlingsprinsippet på. Dersom oppdragsgiver utjevner den rådgivende leverandørens konkurransefordeler i tilstrekkelig grad, vil det altså ikke være grunnlag for å ekskludere leverandøren fra konkurransen.

I det følgende vil det redegjøres for ulike tiltak oppdragsgiver kan treffe for å utlikne leverandørens konkurransefordeler. Som det vil fremgå, er slike tiltak ikke alltid tilstrekkelige. Da oppstår spørsmålet om leverandøren kan avvises (pkt. 4 nedenfor).

---

<sup>89</sup> Treumer (2000) s. 96.

<sup>90</sup> Treumer (2000) s. 87.

<sup>91</sup> LB-2010-201985 med tilslutning i KOFA 2013/20, KOFA 2015/60 og KOFA 2015/69.

<sup>92</sup> Dragsten (2010) s. 62.

<sup>93</sup> T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* premiss 73–76.

<sup>94</sup> Goller (2014) s. 67.

## 3.3 Utjevningstiltakene

### 3.3.1 Informasjonsspredning

Det første av de to minimumstiltakene i artikkel 41 annet ledd, og i praksis oppdragsgivers viktigste redskap til utjevning av konkurransefordeler, er *informasjonsspredning*. Involveringen i forberedelsesfasen kan – som nevnt – gi rådgiveren konkurransefordeler i form av større tilgang på informasjon om anskaffelsen og oppdragsgivers behov enn de øvrige tilbydere har tilgang på gjennom konkurransegrunnlaget, herunder kjennskap til konfidensiell informasjon.<sup>95</sup> Artikkel 41 annet ledd fastslår derfor at oppdragsgiver skal sørge for:

*«meddelelse til de andre ansøgere og tilbudsgivere af relevante oplysninger, der er udvekslet som led i eller som følge af ansøgerens eller tilbudsgiverens tilknytning til forberedelsen af udbudsproceduren ...».*

Formålet med informasjonsspredningen er å gi konkurrentene tilgang til samme informasjon om anskaffelsen som rådgiveren har fått tilgang på gjennom rådgivningsoppdraget, slik at rådgiverens konkurransefortrinn nøytraliseres. Treumer formulerer dette som at oppdragsgiver «must ensure that the information overload of the firm previously involved in technical dialogue is levelled».<sup>96</sup>

Formaliserte rådgivningsoppdrag i form av forundersøkelser mv. vil gjerne resultere i *fysiske produkter* fra rådgiveren, typisk i form av rapporter, forprosjekter, notater, modeller, tegninger mv. Plikten til informasjonsspredning innebærer i slike tilfeller at oppdragsgiver må *gjøre produktet av rådgiverens bistand tilgjengelig* for alle potensielle leverandører, eksempelvis ved at det vedlegges konkurransegrunnlaget eller gjennom utsendelse av et revidert konkurransegrunnlag som sendes alle tilbyderne.<sup>97</sup> Dette vurderingstemaet går igjen i retts- og klagenemndspraksis, og er i nyere praksis fra KfU et svært tungtveiende moment for ikke å avvise rådgiveren.<sup>98</sup>

Illustrerende er KfU 2011-03-07. Den etterfølgende konkurransen gjaldt anskaffelse av analyse, prosjektering og gjennomføring av energibesparellesprosjekter for opptil 90 bygninger og

---

<sup>95</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 29.

<sup>96</sup> Treumer (2007) s. 108.

<sup>97</sup> Se f.eks. LB-2010-201985, KOFA 2005/296, KOFA 2007/83 og KOFA 2015/60.

<sup>98</sup> Se f.eks. KfU 2011-03-07 og KfU 2014-10-03.

20 pumpestasjoner. Valgte leverandør hadde gjennomført en forstudie for oppdragsgiver. Formålet med forstudien var å gi oppdragsgiver en indikasjon på hvor mye elektrisitets- og varmeforbruket kunne reduseres. Klager, en forbigått leverandør, anførte at den rådgivende leverandøren skulle vært avvist. Begrunnelsen var at oppdragsgiver kun hadde fremlagt en PowerPoint-presentasjon med hovedfunnene fra forstudien. Klager anførte videre at forstudien ga rådgiveren innsikt i gjeldende energiforbruk og besparelspotensiale, en innsikt som ikke hadde vært tilgjengelig for konkurrentene. Klagenævnet fant at det var tilstrekkelig å legge frem Powerpointen, ettersom dette var det eneste skriftlige rådgiveren hadde overlevert. Kombinert med en forlenget tilbudsfrist på ca. seks uker, ble dette ansett tilstrekkelig til å utjevne rådgiverens konkurransefordeler.

Selv om det utvilsomt vil være et relevant moment hvorvidt rådgiverens produkt er tilgjengelig for konkurrentene, bør dette ikke være avgjørende. Produktet rådgiveren leverer fra seg inneholder ikke nødvendigvis all informasjon av relevans for å kunne avgi et tilbud med reell mulighet til å nå opp i konkurransen.<sup>99</sup> Rådgiveren kan som følge av sitt samarbeid med oppdragsgiver ha opparbeidet seg innsikt i oppdragsgivers ønsker og behov, risikofaktorer ved prosjektet, hvilket kvalitativt nivå oppdragsgiver har lagt seg på mv. Slik informasjon vil sjelden fremgå av rådgiverens produkt. Ordlyden i artikkel 41 illustrerer at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig å tilgjengeliggjøre rådgiverens produkt. I annet ledd heter det at utjevningen skal skje gjennom *meddelelse av opplysningene rådgiveren har kommet i besittelse av*. Det vil ikke være tilstrekkelig å fremlegge rådgiverens produkt dersom opplysningene ikke fremgår av produktet.

KfU 2007-08-24 er illustrerende. Her hadde oppdragsgiver fremlagt rådgiverens utredningsrapport for alle interessenter. Et flertall i Klagenævnet kritiserte likevel oppdragsgiver for ikke å ha fremlagt det samlede materialet rådgiveren hadde fremskaffet under utarbeidelsen av utredningsrapporten. Dette ble imidlertid ikke avgjørende for utfallet. Konkurransefordelene ble ikke ansett så store at oppdragsgiver skulle unnlatt prekvalifisering av rådgiveren.

Dersom det ikke er tilstrekkelig å fremlegge rådgiverens produkt, eller dersom rådgiverens bistand ikke resulterer i et fysisk produkt, for eksempel ved forberedende markedsundersøkelser, bør oppdragsgiver vurdere å gjennomføre andre tiltak for å utlikne rådgiverens informa-

---

<sup>99</sup> Dragsten (2010) s. 54 og Berg (2012) s. 582.

sjonsoverskudd.<sup>100</sup> Plikten til å fremlegge all relevant informasjon omfatter også opplysninger som ikke fremgår av skriftlig materiale, for eksempel kunnskap om vesentlige fakta eller viktige bakenforliggende forutsetninger eller usikkerhetsfaktorer for prosjektet.<sup>101</sup>

I slike tilfeller kan et alternativ være å invitere til *informasjonsmøter* hvor oppdragsgiver grundig informerer de potensielle tilbyderne om anskaffelsen og sine ønsker, og hvor tilbyderne kan stille spørsmål om ulike sider ved anskaffelsen.<sup>102</sup> Informasjonsspredning kan også skje gjennom *utarbeidelse av et notat* som gjengir relevante opplysninger, og vedlegges konkurransegrunnlaget. Alternativt kan oppdragsgiver invitere alle potensielle tilbydere til å sende inn spørsmål skriftlig, opprette et dokument med alle spørsmål og svar, og gjøre dette tilgjengelig for alle interessenter. Oppdragsgiver kan også oppfordre tilbyderne til å befare området og gjøre seg kjent med eksisterende installasjoner etc.<sup>103</sup>

Undertiden bistår rådgiveren med utarbeidelse av kravspesifikasjonen. I juridisk teori er det i slike tilfeller oppstilt en presumsjon for at rådgiverens deltakelse i den etterfølgende konkurransen er i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>104</sup> Begrunnelsen er at bistand til å utforme konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon gir rådgiveren, bevisst eller ubevisst, mulighet til å påvirke kravene til ytelsen i egen favør. Konkurransefortrinn i form av påvirkning av spesifikasjonene er vanskelig for oppdragsgiver å utjevne: Manglende kunnskap hos oppdragsgiver er bakgrunnen for at man innhenter ekstern bistand, og det vil derfor være vanskelig for oppdragsgiver å kontrollere at spesifikasjonene ikke «skreddersys» til rådgiverens produksjonsapparat. Har dette først skjedd, vil fordelene dette representerer vanskelig kunne avbøtes ved å tilby konkurrentene informasjon.<sup>105</sup> Disse tilfellene behandles nærmere i pkt. 4.4.

Oppdragsgiver bør fremlegge dokumentene *så tidlig som mulig*. I KOFA 2016/25 (SAAHA) la KOFA vekt på at de orienterende dokumentene rådgiveren hadde utarbeidet i samarbeid med oppdragsgiver ble gjort tilgjengelig for tilbyderne sammen med prekvalifiseringsgrunnlaget, hele fire måneder før tilbudsfristen. Bakgrunnsdokumentene for de orienterende doku-

---

<sup>100</sup> Slik KOFA 2015/60. Se også Christensen/Stæhr (2016) s. 128.

<sup>101</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 130.

<sup>102</sup> Slik KOFA 2004/46.

<sup>103</sup> Se f.eks. KOFA 2011/302 premiss 72.

<sup>104</sup> Se f.eks. Dragsten (2010) s. 51, Treumer (2007) s. 109 og Jakobsen (2016) s. 305.

<sup>105</sup> Det vil antakelig heller ikke hjelpe at tilbudsfristen utskytes, se punkt 3.3.2.

mentene ble vedlagt konkurransegrunnlaget, som var datert fire uker før tilbudsfristen. Klagenemnda anså med dette leverandørens fordeler for utjevnet.

### 3.3.2 Fastsettelse av tilstrekkelige tidsfrister

Leverandører som skal inngi tilbud i en konkurranse, er ofte under tidspress. Store mengder dokumentasjon skal fremlegges, det må kanskje søkes om godkjenninger eller tillatelser og leverandørene kan ha behov for å finne underleverandører eller andre samarbeidspartnere. En leverandør som har opptrådt som rådgiver for oppdragsgiver vil gjerne ikke behøve like lang tid til å utarbeide tilbud som konkurrentene.<sup>106</sup> Dette skyldes at rådgiveren normalt har kunnskap om at det skal gjennomføres en anskaffelse, hva som skal anskaffes og oppdragsgivers behov, og dermed har forutsetningene for å utarbeide et gjennomarbeidet tilbud på kortere tid enn konkurrentene. For å avbøte fordeler i tid, forplikter artikkel 41 annet ledd oppdragsgiver til å fastsette tilstrekkelige tidsfrister til at de øvrige leverandørene kan innhente rådgiverens forsprang.

Tidsmessig forsprang henger nært sammen med informasjonsfordeler. Fordelene i tid skyldes som regel at rådgiveren har tilgang på mer informasjon enn konkurrentene. I KOFA 2007/83 (Grete Jarmund Rådgivende Arkitekt) fant Klagenemnda at rådgiveren *ikke* hadde fått nevneverdig tidsmessig forsprang, fordi rådgiverens notat var gjort tilgjengelig for alle tilbyderne som en del av konkurransegrunnlaget. Det vil med andre ord være et samspill mellom utjevning av informasjons- og tidsfordeler. Utskyting av fristene i konkurransen kombineres ofte med informasjonsspredning. Retts- og nemndspraksis gir flere eksempler på at tiltakene til sammen er tilstrekkelige til å utjevne leverandørens konkurransefordeler.

Spørsmålet om oppdragsgiver hadde fastsatt tilstrekkelige tidsfrister, ble behandlet av KOFA i sak 2003/286 (Didac). Innklagede, et sykehus, hadde latt selskapet Mintra AS presentere et e-læringsverktøy. Sykehuset ønsket å ta i bruk e-læringsverktøyet, og Mintra ga sykehuset et tilbud. Kostnadene viste seg å overstige terskelen for direkte kjøp, og sykehuset kunngjorde derfor en åpen anbudskonkurranse. Kunngjøring fant sted 27. november 2003. Interessenter hadde frist for å melde interesse innen 5. desember 2003, og tilbudsfristen var 11. desember

---

<sup>106</sup> Se for eksempel KfU 2006-05-02, hvor Klagenævnet viste til at rådgiverne hadde samarbeidet med oppdragsgiver i et drøyt år, mens de øvrige tilbyderne kun hadde knappe seks uker til å utarbeide sine tilbud. Se også KfU 2004-01-13.

2003. Mintra ble tildelt kontrakten. En forbigått leverandør hevdet at Mintras kontakt med oppdragsgiver før kunngjøring medførte brudd på anskaffelsesregelverket. Hovedspørsmålet for Klagenemnda var om tilbudsfristen var tilstrekkelig lang.

Klagenemnda fant at tilbudsfristen på 14 dager var svært kort, særlig ettersom det dreide seg om en tjenesteanskaffelse der utforming av tilbud krever et kreativt element. Klagenemnda la vekt på at Mintra allerede før kunngjøringen hadde utarbeidet et tilbud, og derfor hadde god tid til å forbedre dette innen tilbudsfristen. Videre la Klagenemnda vekt på at Mintras samtaler med innklagede sannsynligvis ga Mintra en fordel ved forbedringen av sitt tilbud. Konklusjonen ble at tilbudsfristen var for kort.

Retts- og nemndspraksis gir ikke grunnlag for å si noe generelt om hvor lenge tidsfristene må utskyttes for at de skal anses tilstrekkelige, men viser at dette beror på en konkret vurdering.<sup>107</sup> Som utgangspunkt må fristen forskyves minst tilsvarende den tid det tar de øvrige tilbyderne å opparbeide seg samme kunnskap som rådgiveren har oppnådd ved sin forutgående involvering i prosjektet.<sup>108</sup> Jo mer informasjon den rådgivende leverandøren sitter på og jo større omfanget av rådgivningen er, desto større utsettelse kreves. Er konkurransegrunnlaget uklart, slik at det er vanskelig for de øvrige tilbyderne å prise postene, kreves lengre utsettelse enn hvor konkurransegrunnlaget fremstår klart og utvetydig. Dersom tilbudsutformingen krever et kreativt element, kreves lengre utsettelse enn ellers.<sup>109</sup>

Selv om artikkel 41 annet ledd nevner «tidsfrister» generelt, er det særlig *tilbudsfristen* som er aktuell å utskytte. Fristen for forespørsel om deltakelse i konkurranser med prekvalifisering, vil det sjelden være nødvendig å utskytte.<sup>110</sup> Dette skyldes at konkurransegrunnlaget ved slike anskaffelsesprosedyrer først skal sendes ut – og tilbud først utarbeides – når prekvalifiseringen er gjennomført. Rådgiveren vil sjelden ha noen nevneverdig fordel før tidspunktet for utarbeidelse av tilbud. Utskyttelse av fristen for forespørsel om deltakelse er imidlertid ikke helt upraktisk. I større og kompliserte entrepriser, hvor entreprenøren forutsettes å tilby kompetanse fra en rekke ulike fagfelt (graving, betong, elektro mv.), kan den rådgivende leveran-

---

<sup>107</sup> I KOFA 2003/109, som gjaldt en anbuds konkurranse om et arkitektoppdrag, gikk det 11 dager fra kunngjøring til utlevering av konkurransegrunnlag, og nye 13 dager til tilbudsfristens utløp. Klagenemnda betegnet fristen som «svært kort». I KOFA 2011/302 ble det lagt vekt på at det ble gitt en «relativt lang tilbudsfrist ... på nesten 9 uker».

<sup>108</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 131.

<sup>109</sup> KOFA 2003/109 og KOFA 2003/286.

<sup>110</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 131.



døren ha en tidsmessig fordel ved innhenting av den fornødne kompetansen til å bli prekvalifisert i konkurransen.<sup>111</sup>

### 3.3.3 «[A]ndre måder» å sikre likebehandlingsprinsippet

Angivelsen av utjevningstiltak i artikkel 41 annet ledd er – som nevnt – ikke uttømmende. Oppdragsgiver plikter å vurdere om det finnes «andre måder» å sikre overholdelse av likebehandlingsprinsippet, og i tilfelle å gjennomføre slike tiltak. Problemstillingen i det følgende er hvilke andre relevante tiltak oppdragsgiver har til rådighet.

Ordlyden i artikkel 41 gir ikke veiledning med hensyn til hvilke tiltak som kan være aktuelle, men viser at oppdragsgiver skal strekke seg langt for å utjevne konkurransefordelene. Dette fremgår enda klarere av den engelske språkversjonen, hvor det heter at avvisning kun kan skje hvor «there are no other means to ensure compliance with the duty to observe the principle of equal treatment».

Oppdragsgiver kan motvirke at leverandøren får store konkurransefordeler gjennom *valg av tildelingskriterier*.<sup>112</sup> Som fremhevet av Goller, vil en rådgiver typisk ha en stor fordel ved besvarelsen av et tildelingskriterium som oppdragsforståelse, men mindre fordel ved konkurranse på laveste pris.<sup>113</sup> Gjennom utformingen av tildelingskriteriene kan oppdragsgiver dermed til en viss grad styre om rådgiverens særlige kunnskap får noen betydning for hans mulighet til å nå frem i konkurransen.

Et moment fremhevet av KfU allerede i 1998, er at oppdragsgiver kan *la produktet av rådgiverens bistand bearbeides av andre*.<sup>114</sup> Et arkitektfirma hadde gjennomført en bygningsmessig funksjonsanalyse av et sykehusbygg og en tilstandsvurdering av eksisterende bygningsmasse. Arkitektfirmaets funn ble nedtegnet i en rapport. Firmaet ble senere avvist fra en konkurranse om rådgivning knyttet til utbygging av sykehuset. Klagenævnet fant avvisningen urettmessig, og la blant annet vekt på at materialet rådgiveren hadde utarbeidet i et visst omfang var blitt bearbeidet av andre, og derfor ikke lenger var identisk med rådgiverens opprinnelige produkt.

---

<sup>111</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 131.

<sup>112</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 129 angir valg av tildelingskriterier som et eksempel på relevante utjevningstiltak ut over de som fremgår av bestemmelsen.

<sup>113</sup> Goller (2014) s. 69.

<sup>114</sup> KfU 1998-07-01.

Slik bearbeiding kan være et effektivt utjevningstiltak der rådgiveren har utarbeidet rapporter, forslag til spesifikasjoner, utført forberedende prosjekteringsoppgaver mv. Normalt vil det antakelig være tilstrekkelig at produktet av rådgiverens involvering gjøres tilgjengelig for alle potensielle leverandører.<sup>115</sup> Der produktet av rådgiverens bistand tilgodeser en bestemt leverandør, kan imidlertid ytterligere bearbeidelse fra andre aktører være et nyttig virkemiddel.

Et særlig spørsmål er om artikkel 41 åpner for at oppdragsgiver kan *inngå avtale med den rådgivende leverandøren om hans videre deltakelse* i konkurransen. Det må her sondres mellom avtaler om at rådgiveren skal få delta, og avtaler om at han ikke kan inngi tilbud i den etterfølgende konkurransen.

Dersom oppdragsgiver inngår avtale med en rådgiver om at rådgiveren *skal få delta* i den etterfølgende konkurransen, selv om deltakelsen kan medføre konkurransevridning, vil dette innebære at partene avtaler seg bort fra likebehandlingsprinsippet. En slik avtale vil være i strid med anskaffelsesregelverket, og dermed ugyldig.

Mer tvilsomt er det om oppdragsgiver kan avtale med rådgiveren at denne *ikke skal inngi tilbud* i den etterfølgende konkurransen. Problemstillingen reiser to underspørsmål. Det første spørsmålet er om anskaffelsesdirektivet eller andre regler er til hinder for en slik avtale. Dersom slike avtaler kan inngås, blir spørsmålet hvilke konsekvenser det får dersom rådgiveren bryter avtalen ved å inngi tilbud.

Først drøftes hvorvidt direktivet eller andre regler er til hinder for slik avtale.

Utgangspunktet er at aktørene har *avtalefrihet*, og at de til enhver tid kan inngå avtaler og bestemme hva disse skal gå ut på. *Begrensninger* i avtalefriheten krever en særskilt begrunnelse.

Ordlyden i artikkel 41 gir ikke veiledning til problemstillingen.

I *Fabricom* la EU-domstolen til grunn at en nasjonal regel om automatisk avvisning av rådgivende leverandører rekker lengre enn nødvendig, og at rådgiverens konkurransefordeler må vurderes konkret.<sup>116</sup> I teorien har disse uttalelsene fra *Fabricom* blitt brukt som argumenter mot en adgang til å avtale at leverandøren ikke skal delta i den etterfølgende konkurransen,

---

<sup>115</sup> Pkt. 3.3.1 ovenfor.

<sup>116</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 34–35.

tilsynelatende begrunnet i at en slik forhåndsavtale kan sammenliknes med en regel om automatisk avvisning.<sup>117</sup> Treumer mener derfor at «contractual regulation cannot and should not replace the concrete assessment».<sup>118</sup>

Standpunktet har en viss støtte i KfU 1998-07-01 (Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue), som riktignok ble avsagt før *Fabricom*. Klager hadde opptrådt som rådgiver for innklagede, og mente han var blitt urettmessig avvist. Innklagede mente avvisningen var rettmessig, blant annet fordi klager var blitt informert om at tildelingen av rådgivningsoppdraget måtte anses som en kompensasjon for at klager etter innklagedes syn ikke kunne delta i den etterfølgende konkurransen. Klagenævnet konkluderte med at avvisningen var urettmessig. Nævnet uttalte at avvisningsspørsmålet beror på hvilken rolle klager *faktisk* har hatt. Selv om partene har vært oppmerksomme på rollekonflikten, kan de ikke «avtale» seg ut av dette. Klagenævnet fant at klager ikke hadde oppnådd nevneverdige konkurransefordeler, og det var derfor ikke grunnlag for avvisning.

En adgang for rådgiveren til å forplikte seg til ikke å delta i den etterfølgende konkurransen har imidlertid åpenbare fordeler, ettersom den sikrer forutberegnelighet både for oppdragsgiver og rådgiveren. Oppdragsgiver behøver ikke bekymre seg for om han tilsidesetter likebehandlingsprinsippet ved å la rådgiveren delta. Rådgiveren vil vite at rådgiverrollen og leverandørrollen ikke er forenlige, og kan takke nei til rådgivningsoppdraget dersom han heller ønsker å delta i den etterfølgende konkurransen. Som kompensasjon for manglende adgang til å delta i konkurransen, kan rådgiveren sikre seg høyere vederlag for rådgivningsoppdraget.<sup>119</sup> Løsningen vil dessuten være prosessøkonomisk gunstig, fordi det ikke oppstår tvil om leverandøren har adgang til å inngi tilbud.

Det er dessuten ikke gitt at man bør likestille en generell regel om automatisk avvisning og en avtaleadgang i det konkrete tilfellet, slik nevnte forfattere synes å mene. Rådgiveren avgjør om han vil inngå en slik avtale. Dersom rådgiveren ikke tror rådgivningsoppdraget vil gi ham nevneverdige fordeler i den etterfølgende konkurransen, kan han la være å inngå avtalen.

Fra oppdragsgivers side kan slike avtaler reserveres for tilfeller hvor oppdragsgiver har et stort behov for forutberegnelighet med hensyn til hvem som kan delta, og hvor det er tilstrekkelig antall potensielle leverandører til å oppnå reell konkurranse om kontrakten selv om rådgiveren ikke får inngi tilbud. I så fall går avtaleadgangen verken på bekostning av oppdrags-

---

<sup>117</sup> Berg (2012) s. 580 og Treumer (2007) s. 114.

<sup>118</sup> Treumer (2007) s. 114.

<sup>119</sup> Treumer (2007) s. 115. Dersom rådgivningsoppdraget må konkurranseutsettes, kan rådgiveren ta høyde for at han er utelukket fra deltakelse i den etterfølgende konkurransen ved prisingen av oppdraget.

givers tilgang på kompetent bistand eller hensynet til konkurranse. Avtaleadgangen er særlig nyttig ved kompliserte anskaffelser, hvor oppdragsgiver har behov for omfattende bistand som lett gir konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet.

Konklusjonen er at verken direktivet eller andre regler er til hinder for en avtaleadgang.

Dersom leverandøren overholder avtalen og avstår fra å inngi tilbud, oppstår ingen problemer. Problemstillingen er hva som blir konsekvensen dersom rådgiveren inngir tilbud i strid med avtalen.

Det er klart at inngivelse av tilbud i strid med avtalen utgjør et avtalebrudd, med de avtalerettslige sanksjoner dette medfører.<sup>120</sup> Spørsmålet er om avtalen kan håndheves etter anskaffelsesdirektivet og dermed gi grunnlag for avvisning.

I C-213/07 *Michaniki* la EU-domstolen til grunn at anskaffelsesdirektivets oppregning av avvisningsgrunner i utgangspunktet er uttømmende. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for at medlemsstatene fastsetter andre avvisningsgrunner med formål å sikre prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, såfremt disse er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>121</sup> I mangel av slik regulering i medlemsstatene, vil ikke avtalen gi grunnlag for avvisning.

Problemstillingen har dessuten liten praktisk betydning. De fleste rådgivere vil antakelig forholde seg til avtalen, og avstå fra å inngi tilbud. For det andre vil nok slike avtaler sjelden inngås uten at det er risiko for konkurransevridding. Foreligger slik risiko, vil dette gi grunnlag for avvisning.<sup>122</sup>

### **3.4 Avlysning ved misligholdt utjevningsplikt?**

Konsekvensen av brudd på artikkel 41 er at rådgiveren kan avvises fra konkurransen, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav f.<sup>123</sup> Vi har sett at oppdragsgiver – innenfor rimelighetens grenser – har en plikt til å utjevne leverandørens konkurransefortrinn, slik at vedkommende kan delta i

---

<sup>120</sup> Berg (2012) s. 580.

<sup>121</sup> C-213/07 *Michaniki* premiss 49.

<sup>122</sup> Pkt. 4.2 nedenfor.

<sup>123</sup> Pkt. 4.1 nedenfor.

konkurransen. I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om misligholdt utjevningsplikt kan medføre en *plikt til å avlyse konkurransen*.

Anskaffelsesdirektivet inneholder ikke regler om avlysningsplikt. Gjennom rettspraksis er det imidlertid utviklet en lære om plikt til avlysning på nærmere vilkår.

I sak C-448/01 *Wienstrom* hadde oppdragsgiver oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. EU-domstolen fant at feilen uten videre medførte avlysningsplikt for oppdragsgiver. Avgjørelsen er blitt tatt til inntekt for at det foreligger avlysningsplikt dersom det er blitt begått en *feil* ved gjennomføringen av konkurransen som *ikke kan rettes opp på annen måte* enn gjennom avlysning.<sup>124</sup>

I kjølvannet av avgjørelsen er det reist spørsmål om avlysningsplikt også forutsetter at feilen kan ha hatt *innvirkning* på konkurransen, typisk ved at feilen har avholdt potensielle leverandører fra å delta. Et innvirkningskrav har gode grunner for seg. Avlysning av konkurranser medfører potensielt store kostnader for oppdragsgiver og leverandører. Det er derfor lite resurseffektivt å la enhver feil medføre avlysning.<sup>125</sup> EU-domstolen har ikke eksplisitt tatt stilling til spørsmålet, men i T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* oppstilte Retten et innvirkningskrav.<sup>126</sup> Eidsivating lagmannsrett har avsagt to motstridende avgjørelser om spørsmålet.<sup>127</sup> KOFA har, under henvisning til *Evropaiki Dynamiki*, konsekvent lagt til grunn at avlysningsplikten er betinget av at feilen har hatt innvirkning, jf. for eksempel sak 2011/171 (Norengros Johs. Olsen) og sak 2011/157 (Telenor Norge). Samlet taler rettskildematerialet for at avlysningsplikt er betinget av at den eller de feil som er begått har hatt innvirkning på konkurransen.<sup>128</sup>

Dersom oppdragsgiver ikke utjevner rådgiverens konkurransefordeler, til tross for at han hadde mulighet til dette, kan det virke urimelig dersom oppdragsgiver lar egne feil gå utover leverandøren gjennom å avvise ham. I slike tilfeller vil en avlysningsplikt bedre gjenspeile at feilen ligger hos oppdragsgiver.<sup>129</sup> Ved avlysning kan oppdragsgiver etter omstendighetene bli

---

<sup>124</sup> Dragsten (2013) s. 716 og Goller (2014) s. 185.

<sup>125</sup> Goller (2014) s. 186.

<sup>126</sup> T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* premiss 147 og 149.

<sup>127</sup> RG 2011 s. 1281 og LE-2011-40623.

<sup>128</sup> Både Dragsten (2013) s. 716, Bakken/Nordby (2013) s. 190, Goller (2014) s. 188 og Thue (2013) s. 421 oppstiller et innvirkningskrav.

<sup>129</sup> Goller (2014) s. 69.

erstatningsansvarlig for tilbydernes positive og negative kontraktsinteresse.<sup>130</sup> Reelle hensyn taler derfor for å anse misligholdt utjevningsplikt som en feil som kan gi grunnlag for avlysningsplikt.

Argumentet har støtte i KOFA 2005/296 (Kåre Hagen Byggelederfirma). Oppdragsgiver hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse for byggeledelse. Totalentreprenør for prosjektet var allerede valgt etter en forutgående anbudskonkurranse. Oppdragsgivers rådgiver i totalentrepriskonkurransen var tilbyder i konkurransen om byggeledelse. Denne ble tildelt kontrakten om byggeledelse. Tildelingen ble påklaget av en forbigått leverandør. Konkurransen ble senere avlyst, og oppdragsgiver valgte å gjennomføre byggelederoppgaven i egenregi.

Klagenemnda fant at rådgiveren, etter å ha bistått med evalueringen av tilbudene i totalentrepriskonkurransen, hadde kjennskap til viktig informasjon de øvrige tilbyderne manglet, og dermed bedre forutsetninger for å utforme et konkurransedyktig tilbud enn konkurrentene. Ifølge klagenemnda medfører ikke dette nødvendigvis at rådgiveren skulle vært avvist. Etter klagenemndas syn tilsier kravene til konkurranse og likebehandling at oppdragsgiver «innen rimelige grenser forsøker å utligne de fortrinnene en leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen».<sup>131</sup> Klagenemnda antok at det ville vært mulig å utlikne rådgiverens konkurransefortrinn ved å inkludere de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggelederkonkurransen. På denne bakgrunn fant Klagenemnda at konkurransegrunnlaget var i strid med kravene til utforming av konkurransegrunnlag og de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5.<sup>132</sup>

Av interesse er også KOFA 2009/150 (Avitell). Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse om innkjøp av lyd- og bildeanlegg til nye undervisningslokaler. Rådgiveren hadde bistått med utformingen av de tekniske spesifikasjonene for anlegget, og dessuten hatt tilgang til funksjonsbeskrivelser og et kostnadsoverslag for deler av anlegget. Oppdragsgiver hadde ikke gjort noe for å utlikne rådgiverens fordeler. Klagenemnda uttalte, under henvisning til KOFA 2005/296, at kravene til likebehandling og konkurranse innebærer at oppdragsgiver innen rimelige grenser skal forsøke å utlikne rådgiverens fordeler, slik at leverandøren kan delta i konkurransen. Klager hadde imidlertid ikke anført at manglende utjevning medfører avlys-

---

<sup>130</sup> Se Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus).

<sup>131</sup> KOFA 2005/296 premiss 27.

<sup>132</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

ningsplikt, og klagenemnda er bundet av partenes anførsler. Klagenemnda konkluderte derfor med at rådgiveren skulle vært avvist.

Konklusjonen er at misligholdt utjevningsplikt er en feil fra oppdragsgiver som kan medføre plikt til avlysning av konkurransen. Forutsetningen er at oppdragsgiver kunne ha utjevnet rådgiverens konkurransefordeler innen rimelighetens grenser, og at feilen har hatt innvirkning på konkurransen.

### 3.5 Leverandørens adgang til å sikre egen deltakelse

Oppdragsgiver er pliktsubjekt etter likebehandlingsprinsippet. Dette fremgår av artikkel 41, som pålegger oppdragsgiver plikter for å sikre likebehandling. Det er imidlertid ikke alltid oppdragsgiver evner eller ønsker å utjevne leverandørens konkurransefordeler tilstrekkelig. Det kan derfor argumenteres for at leverandøren ikke bør være prisgitt oppdragsgivers tiltak. Problemstillingen i det følgende er om leverandøren selv kan gjennomføre tiltak for å *sikre egen deltakelse* i konkurransen.

Et første spørsmål er om leverandøren kan hindre avvisning gjennom å *skifte ut de ansatte som har vært involvert i rådgivningsoppdraget*, og sikre at disse ikke får delta ved tilbudsutformingen. Slik håndteres forvaltningsrettslig inhabilitet under anskaffelsesprosessen.<sup>133</sup>

Av interesse er KfU 1998-07-01 (Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue). Leverandøren hadde bistått oppdragsgiver med rådgivning, men hevdet at de ansatte som hadde vært involvert i rådgivningsoppdraget, ikke ville delta i tilbudsutformingen. Klagenævnet ga ikke leverandøren medhold, og uttalte at:

*«En eventuel inhabilitet vil i givet fald ramme klagerens virksomhed i det hele, selv om man muligt konkret kunne fastslå, at alene én af klagerens medarbejdere var inhabil».*

I juridisk teori synes det – som vist i pkt. 2.4 – å være enighet om at foretaket som sådan må avvises, selv om bare én av foretakets ansatte har hatt en rådgivningsrolle i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>134</sup> Begrunnelsen er risikoen for at informasjon rådgiveren besitter vil tilflyte foretakets øvrige ansatte. Som påpekt av Treumer, er det *foretakets interesse i å dra*

---

<sup>133</sup> Dragsten (2013) s. 188 flg.

<sup>134</sup> Treumer (2007) s. 112 og Dragsten (2010) s. 48.

*fordel av rådgiverens kunnskap*, som skaper interessekonflikten.<sup>135</sup> Denne interessen forsvinner ikke selv om rådgiveren settes til andre oppdrag. Av særlig betydning er det at oppdragsgiver ikke har noen mulighet til å *kontrollere* at de aktuelle ansatte faktisk er byttet ut. Dette til forskjell fra den tradisjonelle forvaltningsrettslige inhabilitet, der den inhabile er noen i oppdragsgivers organisasjon, og hvor oppdragsgiver selv kan føre kontroll med dennes bevelger.

I forvaltningssaker har dessuten det offentlige organet normalt ingen annen interesse i saken enn å fatte et *korrekt vedtak*. Dette til forskjell fra konkurransesituasjoner, hvor den potensielle leverandøren som sådan har interesse i et bestemt utfall av konkurransen.

Konklusjonen er at en leverandør ikke kan unngå avvisning gjennom å skifte ut de ansatte som har vært involvert i rådgivningsoppdraget.

En annen problemstilling er om leverandøren kan sikre egen deltakelse i den etterfølgende konkurransen gjennom å sørge for at det etableres «*vanntette skott*» mellom delen av foretaket som skal bistå oppdragsgiver med rådgivning og delen som skal utforme tilbud.

Verken direktivet eller retts- og klagenemndspraksis gir avgjørende bidrag til løsning av spørsmålet. I juridisk teori har det imidlertid vært flere diskusjoner rundt leverandørens adgang til å ta i bruk såkalte «*Chinese walls*» for å hindre flyt av intern viten.<sup>136</sup>

Vanntette skott mellom foretakets ulike deler vil være egnet til å hindre *informasjonsflyt*. En forutsetning er at informasjonsbarrierene etableres før rådgivningsoppdraget tar til. Skott kan derfor være et effektivt virkemiddel for å hindre at leverandøren oppnår konkurransefordeler som følge av særlig kjennskap til oppdragsgivers ønsker og behov.

Dersom leverandørens konkurransefordel består i at rådgiveren har *påvirket konkurransegrunnlaget i leverandørens favør*, vil imidlertid ikke denne fordel utjevnes gjennom å opprette vanntette skott mellom foretakets ulike deler. Uavhengig av om rådgiverne skal delta ved

---

<sup>135</sup> Treumer (2007) s. 112.

<sup>136</sup> Treumer (2007) s. 112, Møller (2011) s. 39, Goller (2014) s. 57 og Jakobsen (2016) s. 309. «Chinese walls» er et navn på *informasjonsbarrierer* innad i en organisasjon. Et eksempel er det strenge skillet som praktiseres mellom rådgivere og meglere i finansinstitusjoner, se Goller (2014) s. 57.



tilbudsutforming, vil det være en fare for at disse har foretakets beste i tankene ved utformingen av spesifikasjonene.<sup>137</sup>

Fremgangsmåten med vanntette skott mellom dem som utarbeider konkurransegrunnlaget og dem som avgir tilbud, aksepteres der oppdragsgiver selv inngir tilbud i konkurransen, såkalte *interne tilbud*.<sup>138</sup> En slik klar atskillelse medfører at den interne tilbyderen behandles likt som eksterne tilbydere, og sikrer dermed likebehandling.<sup>139</sup> I slike tilfeller etableres de vanntette skottene i *oppdragsgivers egen virksomhet*, og er underlagt oppdragsgivers kontroll. Oppdragsgiver har imidlertid ingen mulighet til å kontrollere at en *leverandør* faktisk opprettholder slike klare skiller i egen virksomhet. Fremgangsmåten er derfor lite betryggende, både fra oppdragsgivers og konkurrentenes perspektiv. Et annet moment er at mange leverandørbransjer – til forskjell fra finansinstitusjonene – ikke har erfaring med slik oppdeling av virksomheten, og derfor mangler nødvendige rutiner for å hindre informasjonsflyt.

Konklusjonen er derfor at tiltak i form av etablering av «vanntette skott» mellom avdelingene hos leverandøren, ikke sikrer ivaretagelse av likebehandlingsprinsippet.

---

<sup>137</sup> Goller (2014) s. 57.

<sup>138</sup> Se Rt. 2007 s. 983 (SB Transport) premiss 83.

<sup>139</sup> Dragsten (2013) s. 495.

## 4 Avvisningsvurderingen

### 4.1 Innledning

Artikkel 41 annet ledd siste punktum fastslår at en leverandør kan avvises fra konkurransen dersom likebehandling av leverandørene ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak.

Avvisningshjemmelen er artikkel 57 nr. 4 bokstav f. Her heter det at leverandøren «kan» avvises dersom konkurransevriddning som nevnt i artikkel 41 ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak enn avvisning.<sup>140</sup> På EU-nivå utgjør altså brudd på artikkel 41 en *fakultativ avvisningsgrunn*. Samtidig fastslås at medlemsstatene kan gjøre avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4 obligatoriske. Både i norsk og dansk rett har man valgt denne løsningen.<sup>141</sup> Nærings- og fiskeridepartementets begrunnelse er at det i utgangspunktet vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å akseptere et tilbud fra slike leverandører.<sup>142</sup>

Det kan spørres om det er noen realitet i at avvisningsgrunnen på EU-nivå er gjort fakultativ: Selv om oppdragsgiver ved fakultative avvisningsgrunner har en frihet til å vurdere om det er ønskelig og hensiktsmessig å avvise leverandøren i det konkrete tilfellet, er oppdragsgivers skjønn ikke ubegrenset. Skjønnnet må ikke være i strid med direktivets grunnleggende prinsipper, herunder likebehandlingsprinsippet. Ettersom brudd på likebehandlingsprinsippet er et vilkår for at oppdragsgivers dialog med markedet i det hele tatt skal utgjøre en avvisningsgrunn, er det vanskelig å se for seg at oppdragsgiver kan la den aktuelle leverandøren delta.

Ifølge artikkel 57 nr. 5 annet ledd kan oppdragsgiver «når som helst» avvise en leverandør som rammes av en eller flere av avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4, herunder bokstav f om konkurransevriddende rådgivning. Bestemmelsen er en nyvinning i det nye direktivet, og er en konsekvens av at oppdragsgivere nå har adgang til å evaluere tilbudene før de vurderer om det foreligger en avvisningsgrunn, jf. artikkel 56 nr. 2 første ledd. Hensynet til leverandøren tilsier i alle tilfeller at avvisningsvurderingen skjer snarest mulig.<sup>143</sup> Leverandøren har interesse i å få klarlagt tidlig at han ikke kan delta, så han slipper å bruke unødvendige ressurser på

---

<sup>140</sup> Tilsvarende i den engelske språkversjonen, hvor det heter at «[c]ontracting authorities may exclude».

<sup>141</sup> Se forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser § 18-2 (1) bokstav d og udbudsloven § 136 nr. 2.

<sup>142</sup> Høringsnotat 2 (2015) s. 27.

<sup>143</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 43–44.

tilbudsutforming. En tidlig beslutning er også viktig for at leverandøren skal få anledning til å prøve om avgjørelsen er korrekt gjennom å påklage den, eventuelt inngi begjæring om midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen.<sup>144</sup>

Artikkel 41 tredje ledd gir leverandøren rett til å godtgjøre at hans deltakelse i konkurransen ikke vil medføre konkurransevridding. Denne delen av tredje ledd er en kodifisering av *Fabricom*.<sup>145</sup> Retten til å bli hørt før en eventuell avvisning er en viktig rettssikkerhetsgaranti for leverandøren, ettersom den bidrar til sakens opplysning og til å forhindre uriktige avvisninger.<sup>146</sup>

Leverandørens rett til å uttale seg har sammenheng med oppdragsgivers plikt etter artikkel 41 tredje ledd siste punktum til å dokumentere gjennomførte utjevningstiltak i anskaffelsesprotokollen, jf. artikkel 84. Plikten til dokumentasjon skal sikre gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessen, og lette bevisføringen dersom det senere oppstår tvist knyttet til valg av leverandør.

## 4.2 Vurderingstema

Ifølge artikkel 41 annet ledd siste punktum kan leverandøren avvises dersom:

*«der ikke er andre måder at sikre overholdelse af forpligtelsen til at overholde princippet om likebehandling».*

For det første oppstår spørsmålet om det må påvises at brudd på likebehandlingsprinsippet faktisk har funnet sted, eller om en risiko for slikt brudd er tilstrekkelig.

Ordlyden gir ikke veiledning. Heller ikke *Fabricom* gir bidrag til løsningen av spørsmålet.<sup>147</sup>

Oppdragsgiver skal som utgangspunkt undersøke hvorvidt det foreligger en avvisningsgrunn før tilbudsåpning.<sup>148</sup> Før tilbudsåpning er det vanskelig å fastslå om den rådgivende leverandøren faktisk har oppnådd konkurransefordeler fremfor konkurrentene. Oppdragsgiver må dermed foreta en *forhånds*vurdering av leverandørens konkurransefordeler. Hvor vurderingen

---

<sup>144</sup> Bakken/Nordby (2013) s. 157.

<sup>145</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 33.

<sup>146</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 133 beskriver adgangen etter tredje ledd som en rett til «self-cleaning».

<sup>147</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*.

<sup>148</sup> Jf. forutsetningsvis anskaffelsesdirektivet artikkel 56.

foretas på forhånd, må det være tilstrekkelig at det påvises en *risiko* for konkurransevridning som følge av rådgivningen.<sup>149</sup>

Når vurderingen foretas *i ettertid*, typisk for domstoler eller klagenemnder, vil det derimot være mulig å vurdere hvilken innvirkning rådgiverens konkurransefordeler *faktisk* hadde på konkurransesituasjonen.

I LB-2010-201985 (Norconsult) la lagmannsretten til grunn at når det er snakk om å bruke bestemmelsen som avvisningsgrunn i ettertid, er det sentrale hvilken betydning rådgivningen *faktisk hadde for konkurransen*.

KOFA har imidlertid lagt til grunn at det ikke kan kreves at klager påviser at konkurransevridning har funnet sted. Det er tilstrekkelig at rådgivningen *kan ha medført konkurransevridning*. Det kreves likevel konkrete holdepunkter for at konkurransen er begrenset.<sup>150</sup>

Etter mitt syn må KOFAs tilnærming være riktig. Vurderingstemaet for domstoler og klagenemnder er *om beslutningen om å avvise er fattet på korrekt grunnlag*. Som vi har sett, skal denne beslutningen som utgangspunkt fattes *før tilbudsåpning*, på et tidspunkt hvor oppdragsgiver ikke kjenner konsekvensene av rådgivningen for konkurransesituasjonen. En regel om at domstoler og klagenemnder skal vurdere den faktiske innvirkningen på konkurransen ville åpne for etterpåkløkskap.

Det er vanskelig å angi generelt hvor grensene for brudd på likebehandlingsprinsippet skal trekkes i relasjon til oppdragsgivers dialog med markedet i forberedelsesfasen. Bakgrunnen er at dette – som vi har sett – må avgjøres etter en konkret vurdering.<sup>151</sup> I det følgende vil det likevel knyttes noen bemerkninger til problemstillingen.

Avgjørende for om likebehandlingsprinsippet er tilsidesatt, er om det foreligger en *konkret risiko for konkurransevridning* dersom rådgiveren deltar. En må altså vurdere den totale påvirkningen på konkurransen. Ved vurderingen må det ses hen til rådgiverens oppnådde fordeler, og i hvilken grad disse er utjevnet. Dersom «resterende» fordeler innebærer en risiko for

---

<sup>149</sup> Slik LB-2010-201985.

<sup>150</sup> KOFA 2010/54 premiss 42, KOFA 2013/20 premiss 25 og KOFA 2015/69 premiss 27. Også i statsstøtteren, etter TEUV artikkel 107 første ledd, er det avgjørende for om det foreligger konkurransevridning hvorvidt avtalen/støtten er *egnet* til å begrense konkurransen, for eksempel ved å vanskeliggjøre etableringen av nye foretak på markedet. Se Sejersted (2011) s. 596.

<sup>151</sup> Christensen (2011) s. 18.

konkurranssevridning, er likebehandlingsprinsippet tilsidesatt. Hvor grensen går, kan neppe angis generelt. Det kan ikke kreves at rådgiveren sitter igjen med så store fordeler at konkurranse vil utelukkes dersom han deltar. På den annen side må påvirkningen være mer enn uvesentlig.

I det følgende vil det redegjøres for *generelle momenter* ved avvisningsvurderingen, som gjør seg gjeldende uavhengig av rådgivningens karakter (pkt. 4.3). Deretter gis en sammenfatning av funnene, hvor formålet er å redegjøre for hvordan avvisningsvurderingen foretas i typetilfeller (pkt. 4.4).

### 4.3 Generelle momenter ved avvisningsvurderingen

Vi har sett at utgangspunktet for avvisningsvurderingen er i hvilken grad leverandørens konkurransefordeler er blitt utjevnet. Retts- og nemndspraksis og juridisk teori har også lagt vekt på andre *generelle momenter* ved vurderingen av leverandørens konkurransefordeler. Momentene er knyttet til forhold ved rådgiveren eller markedet.

Et moment er *graden av tilknytning* mellom rådgiveren og leverandøren. Mest praktisk er det at leverandøren selv opptrer som rådgiver. Artikkel 41 omfatter imidlertid også andre tilkynningsforhold mellom rådgiveren og leverandøren.<sup>152</sup> I juridisk teori synes det å være enighet om at dersom leverandøren selv har opptrådt som rådgiver, trekker dette sterkere i retning av avvisning enn dersom rådgiveren er tilknyttet en leverandør.<sup>153</sup> Begrunnelsen er at rådgiverens egeninteresse i konkurransen er større der han selv opptrer som leverandør, hvilket taler for en strengere bedømmelse av leverandørens konkurransefordeler. Også tillitshensyn taler for en strengere bedømmelse: Allmennhetens og øvrige leverandørers tillit til at anskaffelsen gjennomføres på en fair måte vil gjennomgående være mindre der rådgiveren selv opptrer som leverandør.

Det er vanskelig å finne spor av momentet i praksis. Meg bekjent finnes det ikke saker hvor domstoler eller klagenemnder uttrykkelig har vektlagt momentet. Dette skyldes antakelig at momentet først og fremst er noe som «ligger i bakhodet» på rettsanvenderen, og som tilsier en

---

<sup>152</sup> Pkt. 2.4 ovenfor.

<sup>153</sup> Jakobsen (2016) s. 310, Dragsten (2010) s. 48, Møller (2009) s. 22 og Treumer (2000) s. 108.

mer eller mindre fleksibel vurdering av rådgiverens oppnådde konkurransefordeler i den konkrete sak.

Et tilfelle der graden av tilknytning *kan* ha vært avgjørende for utfallet, finnes i praksis fra danske Højesteret. Sak U 2005 s.1799 (Ørestadsselskabet) gjaldt anskaffelse av en totalentreprise. Et ingeniørfirma og et arkitektfirma hadde fungert som rådgivere både for oppdragsgiver og en leverandør, såkalt dobbeltrådgivning. Ingeniørfirmaet hadde bistått oppdragsgiver med evalueringen av tilbudene vedrørende miljøspørsmål. Arkitektfirmaet hadde fungert som rådgiver for oppdragsgiver i arkitektoniske spørsmål og med utarbeidelse av deler av konkurransegrunnlaget. Spørsmålet var om oppdragsgiver hadde handlet i strid med likebehandlingsprinsippet ved å prekvalifisere leverandøren. Klagenævnet hadde lagt til grunn at leverandørens samarbeid med de to foretakene ga leverandøren tilgang på informasjon som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget.<sup>154</sup> Til tross for dette fant verken Klagenævnet, Østre Landsret eller Højesteret at leverandøren hadde fått et fortrinn i konkurransen som følge av samarbeidet med firmaene. Højesteret fant imidlertid at ingeniørfirmaet hadde hatt mulighet til å favorisere leverandøren ved *evalueringen* av tilbudene, og at dette var i strid med likebehandlingsprinsippet.

Utfallet ville antakelig blitt et annet dersom leverandøren selv, og ikke dennes rådgivere, hadde utført rådgivningsarbeidene. Ingeniør- og arkitektfirmaet hadde til sammen stor innflytelse på konkurransegrunnlaget. Hadde leverandøren selv hatt en tilsvarende rolle, ville han antakelig blitt ansett for å ha oppnådd slike konkurransefordeler at han må avvises. Avgjørelsen kan dermed tas til inntekt for at det skal mer til for å konstatere brudd på likebehandlingsprinsippet i tilfeller av dobbeltrådgivning enn der leverandøren selv er rådgiver.

Selv om graden av tilknytning har relevans ved vurderingen, må en ikke miste av syne at det er leverandørens *faktiske konkurransefordeler* som er gjenstand for vurdering. Det kan ikke utelukkes at dobbeltrådgivning i et konkret tilfelle gir leverandøren større fordeler enn dersom han selv hadde vært rådgiver. Et annet poeng er at rådgivere som selv er leverandører gjennomgående vil være mer «obs» på problematikken enn en dobbeltrådgiver.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> KfU 1996-11-18.

<sup>155</sup> Jakobsen (2016) s. 311.

Et annet moment er *hvor vanskelig det er å finne uavhengige rådgivere* til den aktuelle anskaffelsen. I enkelte markeder er det få tilbydere, og det er kanskje kun potensielle leverandører som besitter kunnskapen oppdragsgiver søker.<sup>156</sup> Det kan reises spørsmål om dette bør påvirke vurderingen av rådgiverens konkurransefordeler.

Dersom den rådgivende leverandøren ekskluderes, kan dette medføre en uheldig reduksjon av konkurransen i et allerede begrenset marked.<sup>157</sup> Det kan heller ikke forventes at leverandører skal ofre deltakelsen i den senere konkurransen for å bistå oppdragsgiver. Oppdragsgiver bør ikke være avskåret fra å innhente råd som er nødvendige for en forsvarlig gjennomføring av konkurransen. Dette taler for en noe mer fleksibel tilnærming til avvisningsspørsmålet enn ellers, særlig dersom det i praksis ikke er mulig å få råd på annen måte enn å henvende seg til potensielle leverandører.<sup>158</sup>

## **4.4 Sammenfatning – avvisningsvurderingen i typetilfeller**

### **4.4.1 Den uformelle markedsdialog**

Retts- og nemndspraksis viser at den uformelle markedsdialog sjelden gir opphav til klagesaker.<sup>159</sup> Som påpekt av Christensen/Stæhr, kan dette ses som en alminnelig aksept fra markedsaktørene av at også offentlige oppdragsgivere har behov for dialog med markedet før en anskaffelse.<sup>160</sup> Artikkel 40 og 41 viser at oppdragsgiver har anledning til slik dialog, og – som vist i pkt. 3.3.1 og 3.3.2 – er fordelene oppnådd ved slik dialog normalt kurante å utjevne. Uformell markedsdialog fører derfor sjelden til at leverandøren oppnår konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet.

### **4.4.2 Bistand i form av forundersøkelser og utredningsarbeider**

---

<sup>156</sup> Amdal (2004) s. 201.

<sup>157</sup> Goller (2014) s. 58.

<sup>158</sup> Goller (2014) s. 59, Dragsten (2010) s. 60 og Treumer (2007) s. 112.

<sup>159</sup> Om den uformelle markedsdialog, se pkt. 2.5.

<sup>160</sup> Christensen/Stæhr (2016) s. 125. Som påpekt av forfatterne, er det helt utenkelig at aktører i privat sektor ikke foretar markedssonderinger før de foretar anskaffelser av større økonomisk verdi.

Undertiden bistår rådgiveren med forprosjektering, utredningsarbeider, byggtekniske vurderinger, tilstandsrapporter mv. før konkurranse kunngjøres, uten at han (direkte) har bidratt til å utforme konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon. I slike tilfeller vil risikoen for påvirkning på konkurransebetingelsene/kravspesifikasjonen være mindre enn hvor bistanden gjelder utformingen av disse.

Vi har sett at fordeler oppnådd ved forundersøkelser og utredningsarbeider ofte vil kunne utjevnes gjennom tilgjengeliggjøring av rådgiverens produkt, eventuelt kombinert med forlenging av tilbudsfrist.<sup>161</sup> Dette vil imidlertid ikke alltid vil være tilstrekkelig, fordi leverandøren kan ha opparbeidet en forståelse av oppdragsgivers behov og ønsker som ikke kommer til uttrykk i dokumentene leverandøren utarbeider. I slike tilfeller bør oppdragsgiver også vurdere andre tiltak, for eksempel felles informasjonsmøter eller utarbeidelse av notater med relevant informasjon som vedlegges konkurransegrunnlaget.

Dersom rådgiveren har tilegnet seg relevant kunnskap om ytelsen som ikke andre leverandører kan tilegne seg, vil dette kunne medføre konkurransevridding, såfremt kunnskapen gir rådgiveren bedre forutsetninger for å utarbeide et tilbud med reell mulighet til å nå opp i konkurransen. Det kreves imidlertid konkrete holdepunkter for at rådgiveren har oppnådd slike fordeler, og det kan være vanskelig for en forbigått leverandør å påvise hva disse fordelene består i.

Samlet synes bistand i form av forundersøkelser og utredningsarbeider sjelden å lede til avvisning, men dette må – som ellers – vurderes konkret.

#### **4.4.3 Bistand til utforming av konkurransegrunnlaget, særlig kravspesifikasjonen**

I juridisk teori er det oppstilt en presumsjon for at likebehandlingsprinsippet er tilsidesatt når rådgiveren har bistått til utforming av konkurransebetingelsene og kravspesifikasjonen.<sup>162</sup> Begrunnelsen er at det vil være vanskelig å utjevne fordeler oppnådd gjennom slik bistand, særlig dersom rådgiveren har tilpasset spesifikasjonene til eget produksjonsapparat. For oppdragsgiver kan det være vanskelig å vurdere om slik tilpasning har funnet sted, ettersom det ofte er manglende teknisk innsikt som er årsaken til at rådgiveren ble engasjert. Slik bistand

---

<sup>161</sup> Pkt. 3.3.1 og 3.3.2 ovenfor.

<sup>162</sup> Dragsten (2010) s. 52, Jakobsen (2016) s. 308 og Christensen/Stæhr (2016) s. 133.



vil imidlertid ikke uten videre medføre at rådgiveren er avskåret fra å delta i den senere konkurransen – rådgiverens konkurransefordeler må vurderes konkret.

Det vil alltid foreligge en *teoretisk mulighet* for at rådgivere som bistår med utforming av konkurransebetingelser/kravspesifikasjon påvirker disse til egen fordel. Det må derfor kreves *konkrete holdepunkter* for at slik påvirkning faktisk har funnet sted.<sup>163</sup>

Dersom rådgiveren har bistått ved utformingen av kravspesifikasjonen, beror rådgiverens oppnådde konkurransefordeler på *hvordan kravspesifikasjonen er utformet*.

Et sentralt moment er hvor lett det er for øvrige tilbydere å oppfylle valgte spesifikasjoner.<sup>164</sup> Dersom rådgiveren gir *råd om generelle tekniske spesifikasjoner* som ikke er særegne for hans produkt, og spesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov, vil ikke rådgivningen gi konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet.

KOFA 2013/20 (Sintef) er illustrerende. Oppdragsgiver hadde fått bistand av en konsulent ansatt hos en underleverandør av en tilbyder ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda uttalte at bestemmelsene i konkurransegrunnlaget – både kvalifikasjonskravene, tildelingskriteriene og leveransebeskrivelsen – var av *generell karakter*, og ikke fremsto som vanskelig å oppfylle for andre enn underleverandøren. Det hadde derfor formodningen mot seg at bistanden til utforming av konkurransegrunnlaget hadde gitt tilbyderen en fordel.

Et annet eksempel er KOFA 2013/130 (Norgestaxi Oslo). Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av transport i TT-tjenesten i Oslo kommune. I forkant av konkurransen ønsket innklagede tips og innspill til kravspesifikasjonen, og en leverandør kom med innspill per e-post. Samme leverandør ble tildelt kontrakten. En forbigått leverandør krevde valgte leverandør avvist, under henvisning til at denne hadde påvirket kravspesifikasjonen til egen fordel. Klagenemnda fant at e-postkorrespondansen fremsto som en form for markedsundersøkelse, og la vekt på at regelen om bruk av rådgivere ikke må praktiseres så strengt at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra kompetente fagpersoner. Klagenemnda fremhevet videre at leverandøren ikke direkte hadde utformet innholdet av kravspesifikasjonen, og at spørsmålene som ble stilt leverandøren gjaldt normalinnhold i konkurransegrunnlag og forhold som ikke favoriserer bestemte leverandører.

---

<sup>163</sup> Jf. f.eks. LB-2010-201985 og KOFA 2015/69.

<sup>164</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2012) s. 79.

Dersom kravene som stilles kun møtes, eller enklere møtes, av rådgiverens foretak, kan dette tilsa at rådgiveren har fått konkurransefordeler i strid med likebehandlingsprinsippet. Regelverket gir imidlertid ikke noe generelt forbud mot å oppstille krav som kun tilfredstilles av ett produkt eller én leverandør. Avgjørende er om kravet er *naturlig for oppdragsgiver å stille*.<sup>165</sup> Dersom kravene i tillegg er formulert snevrere enn oppdragsgivers behov tilsier, vil det lett konstateres risiko for konkurransevridning.

Merk at anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 4 oppstiller et forbud mot at kravspesifikasjonen angir et bestemt fabrikat, en bestemt opprinnelse, en bestemt fremstillingsprosess eller et bestemt varemerke. Dette gjelder imidlertid ikke helt unntaksfritt: Slik angivelse aksepteres dersom «kontraktens genstand gjør det berettiget».

KOFA 2003/36 (Låsservice Midt-Norge) er illustrerende. Saken gjaldt anskaffelse av en delentreprise for låser og beslag. Oppdragsgiver hadde inngått en rammeavtale med firmaet Industribeslag om levering av låser og beslag til fylkeskommunen. Samme firma ble engasjert for å utarbeide kravspesifikasjonen for låser og beslag. Åtte av produktene i kravspesifikasjonen viste kun til Industribeslags interne produktkoder. Klagenemnda uttalte at oppdragsgiver ikke skulle engasjert en rådgiver som hadde en egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt.

---

<sup>165</sup> Goller (2014) s. 63.

## 5 Avslutning

Fremstillingen har vist at usikkerhet knyttet til rådgiveres adgang til deltakelse i konkurranser hvor de har bistått oppdragsgiver oppstår i ulike situasjoner.

For det første oppstår usikkerheten for leverandører som vurderer om de skal bistå oppdragsgiver i planleggingsfasen. Dersom leverandøren velger å bistå, beror hans adgang til deltakelse i den etterfølgende konkurransen på hvilke tiltak oppdragsgiver gjennomfører for å sikre deltakelsen – vi har sett at leverandøren i stor grad er prisgitt oppdragsgivers tiltak.

Usikkerheten oppstår også for oppdragsgiver. Han balanserer på en knivsegg: Lar han rådgiveren delta, risikerer han innsigelser fra forbigåtte leverandører. Avviser han leverandøren, risikerer han at leverandøren protesterer under henvisning til at han ikke har oppnådd konkurransefordeler, eller at oppdragsgiver har misligholdt utjevningsplikten. Viser det seg at oppdragsgiver har avvist feilaktig eller feilaktig unnlatt å avvise, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig overfor en eller flere leverandører. Det kan heller ikke utelukkes at misligholdt utjevningsplikt medfører plikt til å avlyse konkurransen, med påfølgende erstatningsansvar overfor leverandørene.

Rådgiverens deltakelse i den etterfølgende konkurransen beror – som vi har sett – på en konkret vurdering, og det er vanskelig å angi generelt hvor grensen for konkurransevridning går. Temaet vil nok derfor by på hodebry for leverandører og oppdragsgivere også i fremtiden. Denne mangelen på forutberegnelighet er hovedinnvendingen mot bestemmelsen.

Fordelen med regelen er at den gir mulighet for fleksibilitet – det er rom for avveininger av de motstående hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Økt forutberegnelighet kan gå på bekostning av fleksibiliteten, og antakelig føre til urimelige utslag i enkeltsaker.

Oppdragsgiver kan – som vist ovenfor – håndtere usikkerheten ved å inngå avtaler som forplikter rådgiveren til ikke å delta i den etterfølgende konkurransen. Ulempen med slike avtaler er at det blir mindre konkurranse om oppdraget, at gode rådgivere velger ikke å gi råd og at forpliktelsen har en kostnad.

Dette illustrerer hvordan regelverket for offentlige anskaffelser er et resultat av avveininger av motstående hensyn. Det vil ikke sjelden være et spenningsforhold mellom hensynet til gode innkjøp og hensynet til bredest mulig konkurranse om offentlige kontrakter.



# 6 Kilder

## 6.1 Lovgivning og forarbejder

### 6.1.1 Traktater og direktiver

#### Traktater

TEU

Traktaten om Den europeiske union

TEUV

Traktaten om Den europeiske unions virkemåte

#### Direktiver

Direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægs-kontrakter.

Direktiv 2014/24/EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

#### Dokumenter fra Kommisjonen

KOM(2011) 896

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, 20. desember 2011.

### 6.1.2 Nasjonal lovgivning

#### Norske lover og forskrifter

Forvaltningsloven

Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Anskaffelsesloven

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Anskaffelsesforskriften

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

#### Danske lover og forskrifter

Forvaltningsloven

Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014

Udbudsloven

Lov nr. 1564 af 15. december 2015

#### Tyske lover og forskrifter

Verwaltungsverfahrensgesetz

Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015.

### 6.1.3 Nasjonale forarbeider

NOU 2014: 4

Enklere regler, bedre anskaffelser.

### 6.1.4 Andre offentlige publikasjoner

JDLOV-2008-2965

Justisdepartementets lovavdelings uttalelse av 2. juli 2008.

Høringsnotat 2

Nærings- og fiskeridepartementets «Høringsnotat 2» av 17. mars 2015.  
<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf> (sist sjekket 26. mai 2016).

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2012)

Fornyings- og administrasjonsdepartementets «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» av 1. juli 2012 (sist oppdatert desember 2013).  
[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fa/d/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveileder\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fa/d/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveileder_2013.pdf) (sist sjekket 26. mai 2016).

## 6.2 Avgjørelser

### 6.2.1 Avgjørelser fra overnasjonale organer

#### EU-domstolen

C-45/87

*Dundalk*

ECLI:EU:C:1988:435

C-243/89

*Storebælt*

ECLI:EU:C:1993:257

C-41/90

*Höfner*

ECLI:EU:C:1991:161

Forente saker C-159/91 og C-160/91

*Poucet og Pistre*

ECLI:EU:C:1993:63

C-324/98

*Telaustria*

ECLI:EU:C:2000:669

C-470/99

*Universale Bau AG*

ECLI:EU:C:2002:746

C-513/99

*Concordia Bus Finland*

ECLI:EU:C:2002:495

C-448/01

*Wienstrom*

ECLI:EU:C:2003:651

Forente saker C-21/03 og C-34/03

*Fabricom*

ECLI:EU:C:2005:127

Forente saker C-147/06 og C-148/06

*SECAP*

ECLI:EU:C:2008:277

C-213/07

*Michaniki*

ECLI:EU:C:2008:731

Forente saker C-402/07 og C-432/07

*Sturgeon m.fl.*

ECLI:EU:C:2009:716

C-538/13

*eVigilo*

ECLI:EU:C:2015:166

#### Retten

T-345/03

*Europaïki Dynamiki*

ECLI:EU:T:2008:67

## **Generaladvokatens forslag til avgjørelse**

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Philippe Léger i sag C-21/03 og C-34/03 (Fabricom), fremsatt 11. november 2004

ECLI:EU:C:2004:709

### **6.2.2 Norske avgjørelser**

#### **Høyesterett**

Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten)

Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus)

Rt. 2007 s. 983 (SB Transport)

Rt. 2008 s. 1705 (Rabatt)

#### **Lagmannsrettene**

LB-2010-201985 (Norconsult)

LE-2011-40623 (Air Liquide Norway)

RG 2011 s. 1281 (Resmed Norway)

#### **Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

Sak 2003/36 (Låsservice Midt-Norge)

Sak 2003/86 (Media Farm)

Sak 2003/109 (Norske Arkitekters Landsforbund)

Sak 2003/286 (Didac)

Sak 2004/46 (Making Waves)

Sak 2005/296 (Kåre Hagen Byggelederfirma AS)

Sak 2007/83 (Grete Jarmund Rådgivende Arkitekt)

Sak 2009/150 (Avitell)

Sak 2010/54 (SB Transport)

Sak 2010/174 (Håkonsen og Sukke Landskapsentreprenør)

Sak 2011/157 (Telenor Norge)

Sak 2011/171 (Norengros Johs. Olsen)

Sak 2011/302 (BYFA Bygg for alle)

Sak 2013/20 (Sintef)

Sak 2013/130 (Norgestaxi Oslo)

Sak 2015/60 (Sunnfjord Næringspark)

Sak 2015/69 (Arcon Prosjekt)

Sak 2016/25 (SAAHA)

### **6.2.3 Danske avgjørelser**

#### **Højesteret**

U 2005 s. 1799

#### **Klagenævnet for Udbud**

(Tilgjengelige via: <https://erhvervsstyrelsen.dk/klagenaevnet-udbuds-kendelser>)

KfU 1996-11-18

Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 18. november 1996 (European Metro Group)

KfU 1998-07-01

Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 1. juli

KfU 2004-01-13	1998 (Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue) Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 13. januar 2004 (Phil & Søn)
KfU 2006-05-02	Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 2. mai 2006 (Danske Arkitektvirksomheder)
KfU 2007-08-24	Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 24. august 2007 (LSI Metro Gruppen)
KfU 2011-03-07	Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 7. mars 2011 (Yit A/S)
KfU 2014-10-03	Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 3. oktober 2014 (H. Skjøde Knudsen A/S)

### 6.3 Litteratur

Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentarrutgave*, 2. utg., 2004.

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., 2015.

Arnesen, Finn, «Om den babelske vending i norsk rett», *Lov og Rett*, 2015 s. 343-361.

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, 3. utg., 2014.

Bakken, Espen og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, 2013.

Berg, Claus, *Udbudsret i byggeriet*, 2012.

Bull, Henrik, «Høyesteretts bruk av EU- og EØS-rett», i *Lov sannhet rett: Norges Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), 2015 s. 358-392.

Christensen, Andreas og Martin Stæhr, «Forudgående markedsdialog, rådgiverhabilitet og interessekonflikter», i *Udbudsloven*, Steen Treumer (red.), 2016 s. 121-141.

Christensen, Morten Uhrskov, «Teknisk dialog – Veje til at opnå markedskendskab», i *Aktuel udbudsret*, Karsten Hagel-Sørensen (red.), 2011 s. 17-58.

Dragsten, Marianne, «Offentlige oppdragsgiveres bruk av eksterne rådgivere i anskaffelsesprosessen», i *På rett grunn. Festskrift til Norsk forening for Bygge- og Entrepriserett*, Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), 2010 s. 44-63.

Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*, 2013.



- Fabricius, Jesper, *Offentlige innkøb i praksis*, 3. utg., 2014.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg., 2014.
- Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2014.
- Graver, Hans Petter, «Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser», *Tidskrift for Forretningsjuss*, 2005 s. 461-476.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., 2015.
- Grimelid, Ane, Christian B. Hjort, Heddy Ludvigsen, Henrik W. Smitseth m.fl. (red.), *Etikk og offentlige anskaffelser*, 2014.
- Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten*, 3. utg., 2016.
- Krüger, Kai, «Bukken og havresekken», i *Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gudmund Knudsen m.fl. (red.), 2010 s. 125-151.
- Møller, Pernille Skovgaard, «Rådgiverinhabilitet i forbindelse med offentlige udbud» (Specialafhandling 12. Aarhus universitet 2009.)  
[http://law.au.dk/fileadmin/site\\_files/filer\\_jura/dokumenter/forskning/rettid/2009/afh12-2009.pdf](http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2009/afh12-2009.pdf) (sist sjekket 23. mai 2016).
- Roe, Sally og Christof Lessenich, «Submission of a Bid by a Person Who has Carried Out Preparatory Work for a Procurement: Cases C 21/03 & 34/03, Fabricom SA v Belgium», i *Public Procurement Law Review*, 2005 s. NA93-NA97.
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn m.fl., *EØS-rett*, 3. utg. 2014.
- Steinicke, Michael, «Udbudsloven og udbudsdirektivet», i *Udbudsloven*, Steen Treumer (red.), 2016 s. 521-550.
- Treumer, Steen, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 2000.
- Treumer, Steen, «Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment – Dealing with Conflicts of Interests after Fabricom», i *Public Procurement Law Review*, 2007 s. 99-115.
- Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2013.

